

Eduard Fränkel

Das Darlehen

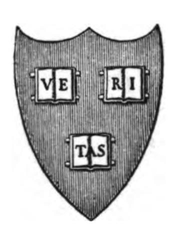
und die irreguläre Hinterlegung

Dissertation



1899.

F



Germany

2d copy

Das Darlehen und die irreguläre Hinterlegung.

Eine Streitfrage des gemeinen Rechts

und

ihre endgültige Lösung

im Bürgerlichen Gesetzbuch und Neuen Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät der K. B. Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Fränkel

Referendar.

1899.

DRUCK von FRAENKEL & STROH

BERLIN SW., BEUTHSTRASSE 3.



Inhalts-Angabe.

§ 9. I. Die im modernen gemeinen Rechte veralteten Unterschiede.

a. Der irreguläre Hinterlegungsvertrag war ein bonae fidei negotium, der Darlehenskontrakt hingegen stricti iuris.
b. Die Verurteilung aus dem depositum irregulare infamierte, nicht aber die aus dem mutuum.
c. Die exceptio und querela non numeratae pecuniae cessierte beim depositum irregulare.
d. Dem irregulären Deponenten wurde von der Praxis bis in die Mitte dieses Jahrhunderts ein Konkursprivileg zugestanden. Der Darlehensgläubiger hatte dieses Privileg nicht.

§ 10. II. Die im gemeinen Rechte noch bestehenden Unterschiede,

1. die mit dem Inkrafttreten des B. G. B. beseitigt werden.
   a. Das senatusconsultum Macedonianum gilt nur beim Darlehen und nicht beim depositum irregulare.
   b. Der irreguläre Depositar kann die Kompensationseinrede nicht geltend machen,
   c. desgleichen nicht die Retentionseinrede.
   d. Kein Unterschied besteht im gemeinen Recht in der Behandlung der beiden Verträge bezüglich der Gebrauchszinsenfrage bei mangelnder Verabredung, §§ 697 u. 700 B. G. B. Art. 290 H. G. B. u. 354 des neuen H. G. B.
2. die von dem künftigen Reichsrecht aufgenommen sind:
   a. bezüglich der Zeit,
   b. bezüglich des Ortes der Erfüllung.

§ 1.

Den Gegenstand folgender Abhandlung bilden zwei im modernen Wirtschaftsleben äusserst häufige und deshalb auch die Rechtswissenschaft sehr interessierende Institute: „das Darlehen“ und „die unregelmässige Verwahrung“.

Der gemeinrechtlichen Lehre sind sie unter dem Namen mutuum und depositum irregulare bekannt. In vielen Beziehungen einander ähnlich, in anderen hinwiederum verschieden, regen sie den theoretischen Betrachter zu einer vergleichenden Gegenüberstellung an.

Zunächst gilt es, ihre Begriffe zu fixieren.

Die Definition des Darlehens steht seit den Tagen der klassischen Juristen unangefochten fest. Paulus[1]) bestimmte beispielsweise — um nur die Definition eines der Klassiker anzuführen — den Darlehensbegriff folgendermassen:

> mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum) sed idem genus . nam si aluid genus-veluti ut pro tritico vinum recipiamus-non erit mutuum.

In unseren Tagen fasste Windscheid[2]) den Darlehensbegriff dahin zusammen:

„Ein Darlehn geben heisst: jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigentum geben mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben.“

Allen Definitionen sind als Thatbestandsmomente gemeinsam:

> Die Hingabe vertretbarer Sachen zu Eigentum unter gleichzeitiger Uebernahme der Verpflichtung seitens des das Darlehen Empfangenden, eine gleiche Menge von gleicher Güte zurückzugewähren.

Die Festlegung des Begriffes der unregelmässigen Verwahrung bereitet dahingegen bereits Schwierigkeiten. Die Justinianeische Kodifikation weist eine Legaldefinition nicht auf. Aber auch diejenigen Stellen des corpus iuris civilis, die Anhaltspunkte für die Ableitung des Begriffes und für die „Gestaltung des Rechtskörpers“[3]) zu gewähren geeignet sind, bildeten sich seit langer Zeit zum Gegenstande von Kontroversen heraus. Besonders entbrannte ein anhaltender Streit darüber, ob das depositum irregulare thatsächlich ein

---

1) Paulus: l. 2 pr. D. 12,1 de reb. cred. Weitere Darlehensdefinitionen finden sich in den Institutionen und Digesten: pr. J. III, 14 quib. mod. re contr. obligatio und l 1 § 2 D. 44,7 de oblig.

2) a. a. O. Bd. II. § 370. S. 361.

3) Ihering: Geist des römischen Rechts. 2. Teil, § 41. S. 388.



eigenes, dem mutuum gegenüber selbständiges Rechtsinstitut mit ihm eigentümlichen Rechtsfolgen ist, oder ob in einem unregelmässigen Verwahrungsvertrage nur ein Anwendungsfall des Darlehens zu sehen ist, der einer besonderen rechtlichen Behandlung nicht bedarf.

Zwei Richtungen sind in erster Linie in diesem wissenschaftlichen Kampfe zu unterscheiden. Die herrschende Meinung verficht die Sonderexistenz des depositum irregulare[1]).

Bezüglich des Inhaltes und der Ausdehnung des Begriffes entstanden dann neue Zweifel. Aber auch hier drang wohl eine Auffassung siegreich durch.

Die jetzt als herrschend geltende Definition Windscheids lautet:

„Ein depositum irregulare liegt dann vor, wenn bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen ausgemacht wird, dass der Empfänger derselben deren Eigenthümer werden und nur verpflichtet sein solle, eine gleiche Menge gleicher Sachen zurückzugeben."

Im § 700 des B. G. B. begegnen wir dieser Begriffsbestimmung wieder:

> „Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren . . ." [3])

---

[1]) Da die Streitfrage uns im Laufe der Abhandlung noch vielfach beschäftigen wird, so sei schon an dieser Stelle auf folgendes hingewiesen.

Die Streitfrage hat bereits ein hohes Alter erreicht. In der Gestalt, die ihr heute noch eigen ist, begegnet sie uns zum ersten Male am Ausgang der Postglossatorenschule. Jason Mainus, der der Erfinder des Namens: depositum irregulare gewesen ist, wie die jüngsten Forschungen erwiesen haben, (vgl. dazu Niemeyer a. a. O. S. 110, Note 21) verteidigte das depositum irregulare als selbständiges Rechtsinstitut gegen Philippus Decius, seinen Schüler. Seit dieser Zeit stritt man sich um die „unregelmässige Hinterlegung", aus der nach der Terminologie des B. G. B. die unregelmässige „Verwahrung" geworden ist. Im Lauf der Jahrhunderte ist der Streit zu wiederholten Malen von neuem aufgenommen worden; in unserem Jahrhundert von W. Endemann und in allerneuester Zeit von Niemeyer.

Endemann erklärt in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. IV. S. 61 in einer Abhandlung: „Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte": „Bis zur Gegenwart ist die gemeine Lehre, dass beide Geschäfte (sc. mutuum und und depositum irrigulare) in allen Punkten der rechtlichen Behandlung identisch sind." Diese Auffassung behält er auch für das handelsrechtliche depositum irregulare bei. Er sagt a. a. O. S. 64: „Das handelsrechtliche Irregulardepositum ist einfach ein Darlehn, aber ein Darlehn ohne den sonst darin enthaltenen Kreditverkauf."

Unter der Herrschaft des neuen Reichsrechts aber wird der Streit keinen Boden mehr finden, denn das B. G. B. hat — wie wir sehen werden — Stellung zu der Streitfrage genommen und dieselbe für sein Geltungsgebiet zur Entscheidung gebracht.

Die Geschichte der Streitfrage soll im Laufe der Abhandlung noch weitere Berücksichtigung finden. Eine ausführlichere dogmengeschichtliche Darstellung giebt Niemeyer a. a. O. S. 111—127.

[2]) Windscheid a. a. O. Bd. II. § 379. S. 389.

[3]) Das B. G. B. kennt also das „depositum irregulare" als ein besonderes Rechtsgeschäft, wenngleich nunmehr auch viele im gemeinen Recht ihm noch eigentümliche Rechtswirkungen beseitigt sind.

Der Entwurf 1. Lesung § 618 hatte sich den Gegnern des depositum irregulare angeschlossen: „Ist bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen vereinbart

In einem weiteren Reichsgesetz, Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei. Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896, findet sich eine m. E. mit den obigen Definitionen sich begrifflich deckende Auffassung. Der § 2[1]) dieses Gesetzes spricht von einer Erklärung des Hinterlegers, durch welche der Verwahrer ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter Wertpapiere gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen.

Die Windscheid'sche Definition der unregelmässigen Hinterlegung bedarf aber, bevor wir bei der vorliegenden Aufgabe der Rechtsvergleichung mit ihr operieren, nach der Richtung ihrer quellenmässigen Begründung hin einer Prüfung. Betrachten wir darum zunächst einmal diejenigen Quellenstellen, die die Grundlage der erwähnten Kontroverse bilden.

Anhang.

Zum Beweise der Behauptung, dass die Verfechter des depositum irregulare hinsichtlich des Inhaltes und Umfanges des Begriffes wiederum divergieren, sollen die verschiedenen in der Theorie vertretenen, von Windscheid abweichenden Auffassungen anhangsweise und in aller Kürze, nach grösseren Gesichtspunkten in Gruppen geordnet an dieser Stelle mitgeteilt werden.

---

worden, dass nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren seien, so ist der Vertrag als ein Darlehensvertrag anzusehen". Vgl. dazu Gutachten aus dem Anwaltsstande, Heft 7, S. 542 ff. und Motive II. Bd. S. 577.

Prinzipiell verwirft auch den Begriff des depositum irregulare das A. L. R. §§ 83, 84 I. 14 (Vgl. dazu Koch: a. a. O. § 276, S. 476: Förster-Eccius a. a. O. II. Bd. S. 304, 305; a. M. ist dagegen Dernburg a. a. O. II. Bd. II. Hälfte, § 211, Note 16, 17, entgegen aber dem R. G. Bd. XI, S. 322).

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nimmt denselben Standpunkt im allgemeinen wie das A. L. R. ein. Nur bezüglich der Zeit der Rückgabe und hinsichtlich der Aufrechnung gelten dieselben Grundsätze wie bei der „Hinterlegung". §§ 1274 ff.

Das Schweizer Obligationen-Recht (§ 484) indessen ist zum Standpunkt des gemeinen Rechts zurückgekehrt.

Im Handelsrecht gilt kraft Handelsgewohnheitsrechtes das gemeinrechtliche depositum irregulare (vgl. Cohn: „Die Kreditgeschäfte in Endemanns Handbuch" Bd. III. S. 928; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, § 53, Text und Note 2a; Thöl a. a. O. Bd. I, § 296, Note 16; Entscheidungen des R. G. Bd. XXIII, No. 17, S. 99).

Den Hauptfall der irregulären Verwahrung bildet gerade das sogenannte Bankdepositengeschäft, ein Institut des Handelsrechtes.

[1]) Dass in diesem § 2 das depositum irregulare gemeint ist, ist auch Riesser's Ansicht. (Riesser, Bankdepotgesetz S. 2 ff.)

a) Jede Abänderung der naturalia depositi durch Nebenverträge bewirkt einen Uebergang des depositum regulare in ein depositum irregulare. Vertreter dieser Meinung ist Glück, Pandektenkommentar Bd. XV, S. 152. Unter „depositum irregulare im eigentlichen Sinne“ versteht er „die Deponierung von Fungibilien als solchen“.

b) Brinz a. a. O. II. Bd. § 317, S. 602 lehrt: „Das depositum irregulare liegt bei einer Deponierung von Quantitäten dann vor, falls nicht dasselbe, sondern nur ebenso viel in gleicher Quantität und Qualität erstattet zu werden braucht, und (darauf ist das Gewicht zu legen) der Anstoss vom Deponenten und dessen Bedürfnis ausgeht“. Dass das Eigentum sofort übergeht, ist nach seiner Meinung, entgegen Windscheid nicht nötig. Es geht vielmehr das Eigentum erst dann über, wenn der Depositar anfängt, das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln.

c) Nach Göschen a. a. O. § 487, S. 318, II. Bd. ist ein depositum irregulare nur an verbrauchbaren Sachen möglich. Die Unterscheidung von vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen wird als ungenau verworfen.

d) Unterschiedslos nehmen bei Fungibilien und Nichtfungibilien ein depositum irregulare an: Thibaut a. a. O. II. Bd. § 551, S. 90; Bucher a. a. O. § 303, S. 251; Valett a. a. O. II. Bd. § 523, S. 120; Schweppe a. a. O. § 457, S. 200, 201; Schmid im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XXX, S. 79; Wennig-Ingenheim a. a. O. II. Bd. § 290; Seuffert a. a. O. II. Bd. § 317.

e) Seiner Eigenart wegen verdient hier noch das depositum irregulare Schaffraths Erwähnung. (Praktische Abhandlungen S. 104 und 105.) „Ein depositum irregulare entsteht, wenn nach schon eingegangenem depositum stillschweigend, nicht ausdrücklich entweder gestattet oder angenommen oder beides (gestattet und angenommen) wird entweder der Gebrauch deponierter vertretbarer Sachen oder die Rückgabe von nur ebenso viel.“ —

---

§ 2.

Eine Digestenstelle des Alfenus Varus, die l. 31. D. locati 19,2, kommt als die älteste der in Frage stehenden Stellen zunächst in Betracht.[1])

Prüfen wir sie daraufhin, ob sich aus ihr die Kenntnis des Juristen von einem darlehenähnlichen Hinterlegungsvertrage und zwar im Sinne der Definition Windscheids ergiebt!

Alfenus beschäftigt sich hier, wie schon aus der Einordnung der Stelle in den Titel „locati“ ersichtlich ist, in erster Linie mit einer Frage aus dem Gebiete der locatio conductio. Das uns in dieser Abhandlung interessierende depositum wird von ihm vergleichsweise nur kurz gestreift.

Zum Verständnis der Bemerkung des Juristen hinsichtlich des depositum ist aber eben wegen der zur Verwendung gelangenden Analogie eine Untersuchung der ganzen Stelle erforderlich.

Ihr liegt folgender Thatbestand zu Grunde:

Mehrere Kaufleute hatten das Schiff des Saufeius mit Getreide befrachtet und zwar in der Weise, dass sie die Getreidemassen zusammen geschüttet hatten. Hierauf hatte Saufeius einem von ihnen Getreide aus der Gesamt-Masse ausgeantwortet, worauf das Schiff zu Grunde gegangen war.

An diesen Thatbestand knüpft der Jurist die Frage: Sind die übrigen (d. h. die von Saufeius nicht befriedigten) Verfrachter berechtigt, bezüglich der von ihnen verladenenen Getreidemengen mit der actio oneris aversi gegen den Saufeius vorzugehen?

Der Umstand, dass wir hinsichtlich der activ oneris aversi uns in Unkenntnis befinden[2]), hemmt gleichwohl — natürlich abgesehen

---

[1]) Alfenus libro quinto digestorum a Paulo epitomatorum.
In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione . respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut euisdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent. aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri . idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratum ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret . secundum quae videri triticum factum Saufei et recte datum . quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare . et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret . . . . .

[2]) Bis jetzt ist es nicht gelungen, über die Natur und das Wesen dieser Klage Licht zu schaffen, obgleich man sich vielfach mit der Erforschung dieser actio beschäftigt hat. Unter den zahlreich aufgestellten Vermutungen zeichnet sich des Cuiacius Ansicht aus. Er vermutet eine prätorische, speziell gegen Schiffer gerichtete Strafklage (Jac. Cuiac. observ. libr. VII Cap. 30 [opera III. 191).

von dieser Klage — das Verständnis der Stelle weiter nicht, weil Alfenus in seiner Antwort die von ihm aufgeworfene Frage durch die für die Entscheidung massgebende Vorfrage dahin präcisiert und ergänzt: War das verladene Getreide in das Eigentum des Saufeius übergegangen oder nicht?

Hierauf antwortet der Jurist bejahend. Das in das Schiff zusammengeschüttete Getreide ist Eigentum des Saufeius geworden[1]).

Alfenus kennt mithin bei der locatio conductio zwei Vertragsarten. In dem einen Falle erfährt das Eigenthumsverhältnis an dem Vertragsobjekte keine Veränderung, und dem locator verbleibt neben seinem obligatorischen Rechte aus dem Vertrage die Vindikationsmöglichkeit, während in dem anderen Falle ein Eigentumsübergang sich vollzieht und die Möglichkeit zu vindizieren verloren geht, wie in dem von Alfenus gewählten Beispiel[2]).

An dieser Stelle setzt nun der das depositum betreffende Vergleich ein. idem iuris esse in deposito. Was bedeutet diese Bemerkung? Worauf bezieht sich diese Analogie?

Ich nehme wohl mit Recht an, dass zunächst einmal auf die unmittelbar vorhergehenden Worte hingewiesen werden soll: »rem domini manere« und »in creditum iri«. Die Schlussworte der Paranthese »nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret« gewährt noch eine Bestärkung dieser Auffassung des Vergleiches: idem iuris esse.

Der Jurist kennt also, wie bei der locatio conductio, so auch bei dem depositum zwei Vertragsarten, nämlich das gewöhnliche depositum, bei dem ein Eigentumswechsel an der hinterlegten Sache sich nicht vollzieht, und sodann ein depositum, bei welchem der Depositar Eigenthümer der hinterlegten Sache wird und aus dem Vertrage nur eine obligatorische Restitutionsverbindlichkeit übernimmt, wohingegen die Vindikationsmöglichkeit dem Deponenten verloren geht.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass es nach der Anschauung des Alfenus bei dem depositum möglich ist, und dass es der Natur desselben nicht widerspricht, dass das Eigentum an der hinterlegten Sache auf den Depositar übergeht[3]), dass die Vindikationsmöglichkeit dem Deponenten aber verloren geht, und dass nur

---

[1]) Secundum quae videri triticum factum Saufei et recte datum.

[2]) Ein weiteres Beispiel für den letzteren Fall enthält auch der Satz: veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli.

[3]) Hinsichtlich des Zeitpunktes des Eigenthumsüberganges bei dieser Vertragsart gehen auch die Meinungen auseinander. Wohl der richtigen und allgemein herrschenden Auffassung nach geht das Eigentum **sofort** über, wie auch schon aus der Wendung des Textes: ut contunio eius fierent, hervorgeht. Andere nehmen Eigentumsübergang erst im Augenblicke der Consumtion an, und noch andere bestreiten den Eigentumswechsel überhaupt und lassen dem Depositar nur ein Recht, sich durch die Leistung von tantundem von der Verbindlichkeit aus dem depositum zu befreien. Ausführlich erörtert die verschiedenen Ansichten Niemeyer a. a. O. S. 9 ff.



eine obligatorische Restitutionspflicht des Depositars auf tantundem euisdem verbleibt[1]).

Ist aber nun dieser darlehenähnliche Hinterlegungsvertrag des klassischen Juristen identisch mit dem depositum irregulare Windscheids? Mit anderen Worten: Ist es aus der Digestenstelle ersichtlich, unter welchen Umständen ein derartiger Vertrag zu stande kommt, oder aber schweigt Alfenus hierüber?

Ich bin der Meinung, die in der Paranthese enthaltene Analogie des depositum mit der locatio conductio bezieht sich nicht nur auf die Erscheinung des Eigenthumswechsels, sondern auch auf die diese Erscheinung hervorrufenden Ursachen. Das idem juris esse knüpft m. E. auch an die duo genera rerum locatarum und an die Worte: »aut idem redderetur« »aut eiusdem redderetur« an. Sicherlich aber steht das idem iuris esse in Verbindung mit den gleichfalls unmittelbar vorangehenden Worten »ex superiore causa« und »ex posteriore«[2]). Dem duo genera rerum locatarum müssten demnach — genau genommen — d. g. rerum depositarum von dem Juristen gegenüber gestellt worden sein. Diese ausdrückliche Hervorhebung der res depositae gegenüber den res locatae konnte indessen unterbleiben, da Alfenus sich der kurzen Ausdrucksweise der Analogie bedient.

Es fragt sich demnach, was der Jurist unter den d. g. rerum locatorum versteht.

Bedeutet »res locata« die zu Mietszwecken hingegebene Sache oder den Mietsvertrag? Anders ausgedrückt:

> Ermöglicht und bewirkt eine Eigenschaft der Objekte den Eigentumsübergang, so dass die Analogie auf das depositum etwa so zu lauten hätte: es gestattet und verursacht unter Umständen die Hinterlegung gewisser Sachen Eigenthumswechsel; oder aber existieren zwei Arten von Mietsverträgen, der eine ohne, der andere mit Eigenthumsübergang, so dass wir infolge des idem iuris nur zu dem uns bereits bekannten Schlusse kämen, dass es ebenso, wie bei der locatio, auch bei dem depositum zwei verschiedenartige Verträge, der eine mit, der andere ohne Eigentumsübertragung gäbe?

Man muss wohl bei unbefangener Beurteilung zu der Auffassung gelangen, dass unter res locata die zu Mietszwecken hingegebenen Sachen zu verstehen sind[3]).

---

[1]) Schon die Glosse war der hier vertretenen Meinung, wie aus der Bemerkung derselben, est ergo depositum hervorgeht.

[2]) Das Wort causa steht hier wohl in seiner ursprünglichen Bedeutung und in Bezug auf »duo genera«.

[3]) Die entgegengesetzte Meinung ist noch in letzter Zeit vertreten worden. Die Richtigkeit dieser ergebe sich schon daraus, dass in dem Wortlaut der Stelle dem »locatarum« nicht »depositarum« entspräche. Diesen Einwand glaube ich schon oben wiederlegt zu haben.

Dass aber die in der Abhandlung vertretene Interpretation des Wortes »locare« gleichzeitig einen „Vorwurf" für Alfenus enthalte, als ob er mit seiner Muttersprache so wenig vertraut gewesen wäre, dass er sich nicht „auszudrücken gewusst hätte", scheint mir nicht der Fall zu sein. Vgl. Löwenstein a. a. O. S. 15.

Unterscheidet der Jurist aber die Vertragsobjekte nach einer ihnen inne wohnenden Eigenschaft, so thut er dies nach ihrer Vertretbarkeit bezw. Nicht-Vertretbarkeit und lässt dieses Merkmal allein entscheidend sein. Darauf weist auch die verschiedene rechtliche Behandlung der vestimenta, sowie des argentum und des aurum in den beiden Beispielen hin. Die vestimenta sind nicht fungibel, das zur Verarbeitung hingegebene Metall dagegen ist vertretbar.

Wir kommen nunmehr zu dem weiteren Ergebnis, dass Alfenus sowohl einen irregulären Mietsvertrag, als auch einen derartigen Hinterlegungsvertrag nur in dem einen Falle kennt, dass die Vertragsobjekte auch vertretbar sind.

Ob aber stets bei der Hinterlegung von Fungibilien gerade die Art des irregulären Vertrages mit Notwendigkeit vorliegt, oder aber welcher Gesichtspunkt dabei der massgebende ist, dafür gewährt das in der Paranthese erörterte Beispiel einen Anhaltspunkt.

Daraus, dass ich jenen mit »nam si quis« beginnenden Zwischensatz nur als ein Beispiel bezeichne, das mit dem obigen vom faber korrespondiert, ist zu erkennen, dass ich nur einen Erfahrungssatz, eine praesumtio facti, annehme[1]).

Wird Geld einzeln dem Depositar zngezählt und offen hinterlegt, dann ist aus diesem Gebahren, falls die Parteien ein Weiteres nicht verabreden, und eine andere Absicht aus den begleitenden Umständen nicht zu erkennen ist, empirisch die Absicht der Kontrahenten zu vermuten, dass Eigentum übergehen und der Depositar nur persönlich dem Deponenten vinkuliert sein solle.

Ich komme also zu dem Schluss, dass der Jurist einen Rechtssatz nicht hat mitteilen wollen in diesem Beispiel, und zu dem positiven Ergebnis, dass nach Alfenus Varus der Wille der Parteien bei einem Hinterlegungsvertrag mit vertretbaren Objekten für die Frage entscheidend ist, ob das Eigentum auf den Depositar übergeht oder nicht.

Man hat jedoch auch einen Rechtssatz herausgelesen[2]). Unter den Schriftstellern, die sich für das Vorliegen eines solchen entschieden haben, tritt wieder eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Natur des Rechtssatzes hervor. Ich würde auf diese die Existenzfrage des depositum irregulare nicht verneinenden Sondermeinungen nicht näher eingehen, wenn ich nicht Niemeyer berücksichtigen müsste, der aus dem Schlusse, dass wir es hier mit einem ergänzenden Rechtssatz[3]) zu thun haben, für den Begriff des depositum irregulare weittragende Folgerungen zieht.

---

[1]) Die Mehrzahl der Schriftsteller ist dieser Auffassung, besonders Windscheid a. a. O. und Schirmer a. a. O. S. 30 ff.

[2]) So auch die Praxis noch in der Mitte unseres Jahrhunderts. Vgl. Seufferts Archiv, Bd. X, No. 127.

Das Reichsgericht hat jedoch diese Auffassung verworfen: Entschdgn. in Civilsachen, Bd. V, S. 5.

[3]) Niemeyer a. a. O. S. 22 nimmt bei diesem Fragment Eigentumsübergang ex lege an, wenn Geld unverschlossen und zugezählt deponiert wird, falls die Kontrahenten nicht — ausdrücklich oder stillschweigend — etwas anderes vereinbaren.

Wie wir das bei Betrachtung des Paranthesebeispiels gewonnene Resultat, dass bei den Verträgen mit vertretbaren Objekten der Parteiwille dafür entscheidend ist, ob ein Eigentumsübergang stattfinden soll oder nicht, mit Hülfe der Analogie nunmehr rückwärts schliessend vom depositum auf die locatio conductio ausdehnen und schliesslich verallgemeinern, ebenso dehnt Niemeyer den Rechtssatz, den er bei der Hinterlegung von zugezähltem Gelde gefunden zu haben glaubt, aus und gewinnt ein Princip daraus[1]. Da dieses aber, so schliesst er weiter, dem geltenden justinianeischen Rechte widerspricht, muss die durch die actio oneris aversi „verdächtige Stelle“ aus Versehen in der Kompilation stehen geblieben sein[2]. Die Gedankenkette Niemeyers beruht auf der Annahme eines Rechtssatzes.

Wie findet sich nun aber dieser Schriftsteller mit dem Resultat ab, wie erklärt er die Erscheinung, dass vor und nach Alfenus dies Princip nicht zur Anwendung gekommen ist?

Die Lehre des Alfenus soll einer Uebergangsperiode entstammen[3], in der die starren Grenzen des quiritischen Rechtes schon beseitigt, das breit dahin fliessende Recht noch nicht in die Schranken gewiesen sei, die ihm die folgende Zeit angelegt habe! Eine Wahrnehmung, die wir sonst im römischen Rechtsleben niemals machen können! Ein derartiger Prozess ist auch mit dem konservativen Zug der römischen Rechtsbildung unvereinbar. Der Uebergang in das ius gentium vollzog sich vielmehr allmählich und nach einander, nicht aber fielen die Schranken des römischen Stadtrechtes auf einmal.

Damit ist m. E. alles das, was Niemeyer gegen das depositum irregulare aus dieser Stelle herleiten wollte, hinfällig geworden, und ich glaube, diese Stelle gerade für den Begriff Windscheids als Stützpunkt anführen zu können.

Dies das Schlussergebnis: Ein Hinterlegungsvortrag mit Eigentumswechsel und einer bloss obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgewährung von tantundem ist mit der Natur des depositum wohl vereinbar. Möglich ist diese Art des Hinterlegungungsvertrages aber nur bei Fungibilien und entscheidend der Wille der Kontrahenten.

„Eine unzweideutige Stelle, so bald man sich ihr nur ohne Vorurteile nähert“[4].

---

[1]) Niemeyer a. a. O. S. 16.
[2]) Derselbe a. a. O. S. 22—29.
[3]) Derselbe a. a. O. S. 29.
[4]) Vangerow a. a. O. § 360,1, S. 433.

§ 3.

Wir wenden uns der Interpretation der l. 24 D. depositi vel contra 16,3 zu, die dem 9. Buche der Quästionen Papinians entnommen ist[1]).

Es existieren viele auseinandergehende Auslegungungen dieser Stelle, die ihr das Epitheton „berüchtigt" verschafft haben[2]). Ganz besonders veranlasste zahlreiche Meinungsverschiedenheiten der mit »quod ita verum est« beginnende und mit »facile non dicendum est« endigende Zwischensatz. Zunächst stritt man darum, ob jene Worte von Papinian herstammen, oder ob eine Interpolation vorliegt[3]). Wir müssen wohl an der Auffassung festhalten, dass wir es hier mit einem Worte Papinians zu thun haben. Niemeyer hat zwar jüngst den Beweis angetreten, dass die Stelle von Papinian nicht herrühre, doch hat ihn Schirmer meiner Meinung nach widerlegt[4]). Der letztere Schriftsteller hat wohl mit folgender Erklärung das Richtige getroffen. „Man darf nicht übersehen, dass das Fragment sich aus zwei verschiedenartigen Teilen zusammen setzt, einem Responsum in der knappen Form, in der es etwa seiner Zeit abgegeben sein mochte, und einer sich daran anschliessenden kritischen Erörterung desselben, wie diese der Aufgabe einer Quästionensammlung entspricht"[5]). Damit meint Schirmer, dass in dem Zwischensatze eine Einschaltung zu sehen ist, die zwar von der Hand Papinians herrührend auf die Entscheidung selber keinen Einfluss nimmt, sondern diese höchstens in weiterer Ausführung begründet.

---

[1]) Papinianus libro nono quaestionum. „Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo" . quaesitum propter usurarum incrementum . respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos . in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit . si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

[2]) Vangerow, a. a. O. § 630. Anm. 6.

[3]) Dernburg, a. a. O. Bd. II. S. 246, Anm. 2 sieht in dieser Stelle eine Glosse, vielleicht eine tadelnde Note Ulpians, während Niemeyer a. a. O. S. 36 eine drittseitige Kritik, ein Referat eines einer anderen Meinung huldigenden Kommissionsmitgliedes, die schriftlich fixiert und dann aus Versehen stehen geblieben sei, in jenen Worten zu finden glaubt.

[4]) Schirmer a. a. O. S. 41 hat den Nachweis geführt, dass jene von Niemeyer als nicht papinianisch bezeichneten Redewendungen gerade häufig von diesem Juristen gebraucht werden. Vgl. Niemeyer a. a. O. S. 34—36.

[5]) Schirmer ebenda.

Demnach ist die Art und Weise, die Vangerow bei der Exegese dieser Stelle beliebte[1]), empfehlenswert. Er schied den Zwischensatz zunächst von der Betrachtung aus und untersuchte die Stelle auf ihren Inhalt, indem er dem Satze »quid est enim aliud commendare quam deponere« unmittelbar die Worte folgen liess: »et est constitutum.« das gewonnene Resultat verglich er dann mit dem Zwischensatz und fand, dass die beiden so getrennten Abschnitte mit einander ohne Zwang in Einklang zu bringen sind.

Der zu Grunde liegende Thatbestand ist folgender.

Sempronius fragt bei Papinian an, ob er auf Grund eines Handscheines, in welchem ihm Lucius Titius bekennt, dass ihm von Sempronius und zwar durch die Vermittelung eines Sklaven, der das Geld zuzählte, eine bestimmte Summe anvertraut sei, und in welchem er verspricht, die Summe jederzeit auf der Stelle, wann und wo es Sempronius gefallen werde, zurückzuleisten, von dem besagten Titius Zinsen fordern könne. Darauf antwortet Papinian, dass die actio depositi gegeben sei. Denn was heisse »Anvertrauen« anders als »Hinterlegen«!

Papinian betrachtet zunächst den Fall darauf hin, unter welche rechtlichen Thatbestände er zu subsumieren sei, und kommt zu dem Resultate, dass ein depositum vorliege. Zweifelhaft durfte Papinian sein, denn der Laienausdruck »commendare«, der vielleicht einen technischen Wirtschaftsbegriff, nie aber einen Rechtsbegriff darstellt, kann den Sinn von »Hinterlegen« und von »Darleihen« haben[2]).

Aus den begleitenden Umständen schliesst der Pandektenjurist auf ein depositum.

Der Konsulent wünschte aber Aufklärung über die Zinsfrage. Darum giebt Papinian sogleich die Klage an, mit der die Zinsen eingeklagt werden.

In dem nun mit »et est constitutum« hier unmittelbar sich anschliessenden Absatz schränkt der Jurist seine Antwort wieder nach einer Richtung hin ein.

„Es ist allerdings wahr, dass bei einem iudicium bonae fidei Zinsen ex officio iudicis zuerkannt werden dürfen, aber in dem vorliegendem Falle findet dies deshalb keine Anwendung, weil es der bona fides widersprechen würde, den Depositar zur Leistung von Zinsen zu veranlassen, der dem Deponenten mit der Verwahrung einen Freundschaftsdienst erwies. Darum kannst Du, Sempronius, nur Verzugszinsen verlangen und Gebranchszinsen allein in dem Falle, wenn ein pactum in continenti adicetum solche ausbedungen hatte."

Dass in diesem Thatbestande nicht die Rede von dem regulären depositum ist, geht schon daraus hervor, dass es sich um die Zinsfrage handelt und zwar nicht nur um die Verzugszinsen, sondern auch um die Gebrauchszinsen[3]).

---

[1]) Vangerow a. a. O. Bd. II. S. 437.
[2]) Schmid a. a. O. S. 80, 81.
[3]) So Huschke a. a. O. S. 23 und Mühlhäuser S. 18 und 21 a. a. O.

Aus dem bisher Erörterten gewann ich die Ueberzeugung, dass Sempronius nicht die Rückerstattung des Geldes in specie ausgemacht hatte, sondern dass der Gebrauch, also das Eigentum, auf Titius übergehen und letzterer gehalten sein sollte, nur »ebensoviel« und nicht »dasselbe« zurückzugewähren.

Ferner geht meiner Meinung nach aus der Stelle hervor, dass das Geschäft wegen des Eigenthumwechsels noch nicht aufhöre, ein Depositum gemäss der Absicht der Parteien zu sein.

Nun zu dem Zwischensatz! Hier dreht sich der Streit um folgende drei Punkte. Welche Bedeutung ist den Worten »quod ita verum est, si« beizulegen? Was haben wir unter der Wendung »egreditur ea res depositi notissimos terminos« zu verstehen? Ist der Satz »in qua quaestione si depositi actio non teneat« kausal, konditional-dubitativ oder rein konditional im Sinne einer möglichen objektiven Bedingung, nämlich cum convenit tantundem reddi, aufzufassen?

Die mit quod eingeleitete Paranthese bezieht sich nur auf die Worte: »depositi actionem locum habere«, nicht aber auf den übrigen Inhalt des Responsum[1]).

Das »ita verum est, si« übersetzt Vangerow[2]) im Anschluss an die Glosse, die id est indubitanter hinzugefügt, mit: „dieses ist dann unzweifelhaft, wenn der Vertrag darauf geht u. s. w.“[3]). Hiergegen wendet Niemeyer[4]) ein, dass verum stets »wahr« und nimmermehr unzweifelhaft heisse, und dass ita si immer eine Einschränkung der voraufgegangenen Behauptung mit dem Sinne von „unter der Voraussetzung, dass“ bezeichne. Dem entspräche auch der mit nam si angeknüpfte folgende Satz, der ein argumentum a contrario einführe, dergestalt, dass eine solche Vereinbarung ausserhalb der anerkannten Grenzen des depositum liege, so dass die actio depositi nicht mehr zulässig sei.

Die sprachlichen Einwendungen gegen die Uebersetzung des »ita verum est, si« mit »unzweifelhaft« scheinen mir nicht hinreichend überzeugend zu sein. Auch aus dem Satze »nam si quis« folgere ich nicht ein argumentum a contrario. Statt der Bedeutung »denn, wenn« können die Worte auch diese »wenn nämlich« haben.

Aus dem Satze »egreditur ea res depositi notissimos terminos« lese ich nur die Bedeutung heraus, „diese Vereinbarung geht über die sonst üblichen Grenzen des Rechtsinstitutes hinaus.“ In dieser Auffassung bestärkt uns noch der Zusatz der Glosse: est tamen depositum[5]).

Interpretationsschwierigkeiten haben dann noch die Worte »si depositi actio non teneat cum convenit« gemacht. Vor Mühl-

---

1) So auch Schirmer a. a. O. S. 42.

2) a. a. O. II. Bd. S. 438.

3) Ebenso Mühlhäuser a. a. O. S. 17, Glück, Schmidt und andere.

4) Niemeyer a. a. O. S. 31.

5) Uebrigens giebt Niemeyer S. 32 zu, dass jene Worte an und für sich auch diesen Sinn haben können, und dass sie allein hier nicht entscheidend sein können, weder nach der einen noch nach der anderen Richtung.

häuser[1]) fassten die Gegner des depositum irregulare das si kausal gleich quia auf; Niemeyer hat die kausale Bedeutung preisgegeben, verficht aber dafür die Meinung, dass der Satz mit si nicht dubitativ-konditional, sondern rein konditional aufzufassen sei[2]). Dagegen scheint mir jedoch der Konjunktiv zu sprechen. Die Uebersetzung Vangerows ist wohl allein richtig: »gesetzt, die actio depositi wäre unzulässig«.

Unserer Ansicht wiedersprechen allerdings — dies sei zugegeben — die Basiliken[3]): *εἰ δὲ μὴ τὰ αὐτὰ, ἀλλὰ τοσαῦτα συνεφωνήθη δοῦναι, οὐκ ἐνάγομαι τῇ περὶ παραθήκης ἀγωγῇ.*

Auffällig ist hier die persönliche Wendung, während im Text der Florentina unpersönlich die Stelle lautet: »actio non teneat«. Auch dadurch, dass der Scholiast[4]) dazu bemerkt: *πλὴν ὑποκάτω γνώσεις, ὡς ἁρμόζει ἐπὶ τούτου ἡ δεποσίτου* (Sch. f. II. 124) gewinnt die Basilikenstelle nicht an Gewicht.

Fassen wir alles, was in der Paranthese für und wider den den sonstigen Inhalt der Stelle spricht, zusammen, dann ergiebt sich wohl das Resultat, dass jenes argumentum a contrario kaum zu halten ist. Der Zwischensatz beschränkt nicht, sondern er nimmt eine Hypothese an, die er bis zu den Consequenzen fortführt, die unter einem solchen Gesichtspunkte hinsichtlich der Zinsen eintreten würden.

Was haben wir bei der Interpretation gewonnen?

Wir lernten wiederum einen Fall kennen, bei dem ein Gelddepositum mit der Abrede, ut tantundem redderetur, nicht wie ein mutuum, sondern wie ein depositum und nach den Grundsätzen eines bonae fidei negotium behandelt wurde.

Widerspricht etwa dem bisherigen Ergebnisse und namentlich der so eben interpretierten Stelle die gleichfalls von Papinians Hand herrührende l. 25 § 1. D. depositi vel contra 16,3?[5])

Wie die Ueberschrift des Fragmentes beweist, bildet auch dieser Satz eine Antwort auf eine an Papinian gerichtete Anfrage. Dass dieselbe die Zinsen zum Gegenstande gehabt hat, geht sowohl aus den Worten des responsum selbst wie aus dem Umstande hervor, das sich diese Stelle im corpus iuris civilis der l. 24. D. 16,3 anschliesst.

Schwierigkeiten bereiten hier der Auslegung nur die Worte »ut tantundem redderet« und »ad usus proprios convertit«.

Was die ersteren angeht, so glaube ich, das ut final verstehen zu müssen. Sollte bloss eine reale Folge des Umstandes, dass das Geld unversiegelt an den Depositar hingegeben worden sei, von

---

1) Mühlhäuser a. a. O. S. 19 macht auf den dubitativen Sinn aufmerksam. Schaffrath a. a. O. S. 95, Anm. 5 giebt dem si noch eine kausale Bedeutung: „in wie fern und weil die actio depositi nicht statt hat".

2) Niemeyer a. a. S. 32.

3) Citiert nach der Heimbach'schen Ausgabe, S, 52.

4) Heimbach a. a. O. S. 53.

5) Papinianus libro tertio responsorum. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.

Papinian ausgesprochen werden[1]) dann müsste, worauf Niemeyer bereits auf Seite 7 hingewiesen hat, nach den Regeln der Konsekutio-Temporum statt des Imperfektums das Präsens gebraucht sein.

Ein ferner stets gegen die konsekutive Auffassung angeführtes Argument, die Stellung der Redewendung in dem Satze, nämlich gleich hinter obsignatam und nicht erst hinter depositam, spricht m. E. weniger gegen als gerade für die konsekutive Auffassung, denn das »ut tantundem redderet« ist unmittelbar an den Zustand des Nicht-Versiegelt-Seins geknüpt.

Schätzt man beide Gründe gegen einander ab, dann, meine ich, ist mehr Gewicht auf jenes erstere Argument als auf dieses zu legen.

»Ut tantundem redderet« enthält also die Absicht der Parteien. Dass aber die Kontrahenten diesen ihren Willen ausdrücklich ausgesprochen haben, und dass Papinian deshalb eine derartige Erklärung in seinem responsum wiederholt hat, ist damit noch nicht gesagt. Im Uebrigen ist der ganze Streit darüber, ob »final« oder »konsekutiv«, deswegen von geringerer Bedeutung, weil meiner Meinung nach die l. 31. D. 19,2 — die Alfenus-Stelle — bestimmt, dass bei dem Mangel jedes Erkennungszeichens des Willens der Kontrahenten auf Grund der offenen Hinterlegung von Geld die Absicht der Parteien, Eigentum zu übertragen und eine obligatorische Verbindlichkeit auf Rückgabe von tantundem zu begründen, vermutet wird.

Stimme ich auch schon mit Niemeyer darin überein, dass jene Worte eine Absicht der Parteien enthalten, so trete ich dagegen seiner Meinung hinsichtlich des Punktes, was denn die Parteien beabsichtigt haben, nicht bei.

Offenbar bedeutet das »tantundem redderet« hier nichts anderes als die Worte »nihil aliud debere nisi tantundem redderet« der l. 31. D. 19,2: nämlich Eigentumswechsel mit der gleichzeitigen Begründung jener obligatorischen Verbindlichkeit[2]).

Niemeyer[3]), der doch zugiebt, dass die citierten Worte der l. 31. den Eigentumswechsel ausdrücken sollen, behauptet hier — allerdings wohl mit Unrecht — dass „der Sinn des tantundem dunkel bleibe."

Falls nun das Eigentum schon sogleich oder auch erst mit der Vermischung des Geldes übergeht, welchen Sinn haben dann die Worte »ad usus proprios convertit? Die Annahme, dass Papinian sie ohne weiteren Grund aus dem Thatbestand der zur Beurteilung vorliegenden Anfrage wiederholt hat, lässt sich mit seiner sonstigen knappen und präcisen Ausdrucksweise nicht vereinigen.

In der l. 24., der voraufgehenden Stelle, hatte der Jurist erklärt, dass — falls kein pactum continienti adiectum vorliege — andere als Verzugszinsen nicht geschuldet werden, weil es der bona

---

[1]) Schaffrath a. a. S. 102 ist dieser Auffassung.

[2]) Brinz a. a. O. S. 613 Anm. 13 und Schirmer a. a. O. S. 39 lassen beide das Eigentum erst mit der Vermischung übergehen.

[3]) Niemeyer a. a. O. S. 30 ff. und 44 ff.



fides widerspreche, Gebrauchszinsen von dem zu verlangen, der ein beneficium in suscipienda pecunia dedit.

Der Thatbestand in der uns augenblicklich beschäftigenden Stelle ist derselbe. Auch hier hat der Deponent es verabsäumt, einen formlosen Nebenvertrag auf Zinsen abzuschliessen. Da er aber nun meint, dass der Thatbestand in seinem Falle doch noch etwas anders liegt, als in dem von Papinian schon beantworteten, da nämlich die Begründung jener Entscheidung, dass es contra bonam fidem sei, Gebrauchszinsen von dem Depositar zu verlangen, auf seinen Fall nicht passt, wo es doch gerade der bona fides entsprechen würde, dass der Deponent ein Aequivalent für die Ueberlassung der Benutzung des ihm zwar nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich gehörigen Geldes bekäme, so wendet er sich an Papinian und betont den Umstand, dass der Depositar das Geld für sich verwendet habe. Die Antwort lautet auch dieses Mal dem Fragenden ungünstig. „Dein Depositar wird verurteilt werden (zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem depositum und) auch zur Leistung von Verzugszinsen (aber nicht zur Leistung von Gebrauchszinsen), falls Du gegen ihn mit der actio depositi vorgehst.“ Papinian verlangt also, um Gebrauchszinsen zu gewähren, in allen Fällen eine besondere lex contractus.

Steht wohl etwas der Annahme im Wege, dass es in beiden Fällen, sowohl in l. 24. wie in § 1 l. 25, ein und dieselbe Persönlichkeit es ist, die unzufrieden mit Papinians erster Antwort, ihn von neuem konsultiert, indem sie das Material vervollständigt?

Von den entgegenstehenden Ansichten streife ich nur kurz die jenigen Schaffraths und Niemeyers, die erheblich von den sonst vertretenen Auffassungen abweichen.

Nach der Meinung des erst genannten Schriftstellers ist in der fraglichen Stelle nicht die Rede von einem depositum, bei dem der Deponent dem Depositar den Gebrauch des deponierten Geldes gestattet, sondern von einem depositum, bei dem der Depositar sich den Gebrauch einseitig angemasst hat. Dass er aber nur zur Zurückleistung von tantundem gezwungen werden könne, liegt darin, dass das Geld, falls es unversiegelt hingegeben wird, seiner Individualität nach nicht erkennbar ist. Wenn nun Papinian von Zinsen spricht, dann meint er damit gesetzliche Zinsen, usurae punitoriae[1]).

Den Gegensatz, der zwischen einer derartigen Interpretation und dem, was Papinian thatsächlich sagt, liegt, beseitigt Schaffrath damit, dass er erklärt, mora bezeichne hier ausnahmsweise den Zeitpunkt, wo der Depositar den Gebrauch des Geldes sich angemasst habe.

Ebensowenig haltbar erscheint mir Niemeyers Auslegung[2]). Er kommt bei der Exegese dieser Stelle wie der l. 24 zu dem Resultat, dass Papinian den Thatbestand des mutuum nicht habe leugnen wollen, dass er aber „der Klagbarkeit der Zinsen zu Liebe“ in beiden Fällen die actio depositi gewähre und zwar „das eine

---

[1]) Schaffrath a. a. O. S. 101 ff.
[2]) Niemeyer a. a. O. S. 43—52.



Mal, um dem Parteiwillen, das andere Mal, um der bona fides zu Hülfe zu kommen.“ Und dazu soll Papinian durch die aequitas veranlasst sein, weil er die Warnehmung gemacht habe, dass der reguläre Depositar aus dem Verzug Zinsen schuldete, während dies nicht der Fall war, sobald der Deponent dem Depositar die Gebrauchserlaubnis eingeräumt habe. Der Vorwurf, dass Papinian „mit einer gewissen Aengstlichkeit“ eine Erörterung des Gegensatzes zwischen der Klage des Depositums und des Darlehens absichtlich vermieden habe, bildet den Schlusstein dieser Hypothese.

Sie ist denn auch durch den Hinweis Dernburgs[1]) zu Falle gebracht, dass der siegreiche Darlehensgläubiger mit Hülfe der sponsio tertiae partis viel günstiger gestellt sei als der reguläre Deponent, der nur die viel bescheideneren Verzugszinsen fordern kann. Wo bleibt aber da die Billigkeit! Dieses Argument ist also hinfällig. Aber auch abgesehen davon ist jene Ansicht unhaltbar. Die Folge wäre ein Aufgehen beider Institute in eins, eine Erscheinung, die im Rechtsleben einen Rückschritt bedeutet. Die Wirklichkeit hat sodann auch den Gegenbeweis geliefert, indem nämlich Darlehen und Depositum noch heute zwei getrennte Rechtsgeschäfte sind.

Thun wir unrecht, diese Stelle als ein Argument für das Bestehen des irregulären Depositums anzuführen! Sagt sie nicht vielmehr, dass ungeachtet dessen, dass nur „ebendasselbe“ zurückzuerstatten sei, der Vertrag dennoch ein Depositum bleibe!

---

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. II. § 93, Anm. 2 in fine.

§ 4.

Wenden wir uns nun zwei Fragmenten des Paulus zu, die gleichfalls bei der Erörterung der Streitfrage herangezogen zu werden pflegen, und besprechen zunächst die aus dem 4. Buch seiner Responsen entnommene Stelle, die l. 26 § 1 D. 16,3[1]).

Ihr Inhalt ist folgender: L. Titius hatte in einem Schuldschein dem jetzigen Fragesteller bekannt, dass er von ihm 10 000 Denare als Depositum empfangen habe, und ihm ferner versprochen, dass er das Geld mit 8 % verzinsen werde[2]), bis er ihm die gesamte Geldsumme zurückgegeben habe. Der aus dem Schuldschein Berechtigte hat nun Zweifel darüber, ob er auf Grund desselben Zinsen[3]) verlangen könne, und fragt deswegen den Paulus. Die Antwort lautet: Gewiss können der Abrede gemäss auch Zinsen eingeklagt werden und zwar mit der actio depositi (gleich wie die Summe), denn der vorliegende Kontrakt ist ja nicht der gewöhnliche Hinterlegungsvertrag (sondern eben das aussergewöhnliche Depositum)!

Bei dieser Interpretation gewährt die Stelle einen guten Sinn. Es soll allerdings nicht geleugnet werden, dass beim ersten Anblick die Worte der Begründung im Verhältnis zu dem Tenor der Entscheidung etwas auffallen: weil der Vertrag über die Grenzen des Depositums hinausgeht, deswegen findet auch auf die Zinsen die Klage des Depositums Anwendung[4])!

---

1) Paulus libro quarto responsorum. Lucius Titius ita cavit: *Ἔλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ πάντα ποιήσω καὶ συμφωνῶ καὶ ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται· καὶ συνεθέμην χορηγῆσαί σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου*[a]. quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit, eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.

a) id est: accepi et habeo ex causa depositi supra scripta (tua add.) decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi, ita ut supra scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur.

2) Die Mine hat 100 Drachmen, die Drachme 6 Obolen. Vier Obolen monatlicher Zins von der Mine bedeuten $^2/_3 \times 12 = 8\%$. Vergl. Glück a. a. O. S. 164. Note 43.

3) Dass mit den Zinsen die Konventionalzinsen und nicht die Verzugszinsen gemeint sind, ist wohl zweifellos.

4) Auf Grund des scheinbaren Missverhältnisses zwischen der Entscheidung und ihrer Begründung haben nicht nur Gegner des depositum irregulare die Stelle für korrumpiert erklärt und Emendationen vorgeschlagen, sondern auch Vertheidiger der irregulären Hinterlegung wurden dadurch bestimmt, an Stelle dieses Textes einen anderen anzunehmen. So gab Dedekind a. a. O. S. 65 der Begründung durch Einschiebung eines non zwischen peti und possunt eine negative Form. Schaffrath a. a. O. S. 124 empfiehlt statt »quoque« »neque« zu lesen. Ebenso

In Wirklichkeit aber widersprechen sich auch Entscheidung und Begründung nicht. Die Wendung »modum excedere«, so wie die von Papinian in der l. 24 gebrauchte und bereits erörterte »notissimos terminos egredi« bedeuten nicht eine Negation des Hinterlegungsvertrages, die nach Analogie der l. 48 § 2 D. mandati 17,1 lauten müsste: depositae pecuniae formam excedere, sondern sie besagen nur soviel, wie der Ausdruck »naturam excedere«[1]) d. h. eine Ueberschreitung des Gewöhnlichen des Hinterlegungsvertrages: jedoch in der Weise, dass der Vertrag dennoch ein depositum bleibt[2]).

Eine Bestärkung erfährt diese Interpretation durch die Glosse, die die Worte »est tamen depositum« hinzusetzt.

Ausserdem lassen die Basiliken[3]) und zwei Scholiastenstellen[4]) den Schluss zu, dass der uns vorliegende Text unverdorben ist.

Der uns hier beschäftigende Thatbestand unterscheidet sich von dem der l. 24 und dem der l. 25 § 1 D. 16,3 wohl nur darin, dass der Deponent in continenti einen formlosen Zinsvertrag mit dem Depositar abgeschlossen hat. Ist auch die Gebrauchserlaubnis oder die Verpflichtung, tantundem reddere, ausdrücklich nicht betont, so lässt sich die persönliche Verbindlichkeit aus den Worten »*μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου*« und die Gebrauchserlaubnis aus der Zinsenabrede herleiten, denn eine Obligation auf Zinsen kann doch nur bestehen, wenn der Gebrauch des Geldes zugesagt ist. Der Gebrauch des Geldes besteht aber regelmässig in dem Verbrauch desselben.

Hiernach lässt sich auch aus dieser Stelle kein Widerspruch dagegen herleiten, dass Eigentumswechsel und Gebrauch der hinterlegten Sache durch den Depositar bei dem Hinterlegungsvertrage möglich ist[5]).

---

wenig möchte ich die Textverbesserungen der Vertheidiger des d. i., des Hotomannus (observ. IV c. 1), der »modum non excedere vorschlägt, und Overbecks gelten lassen, der den Gegensatz durch Aenderung des »et ideo« in »at vero« zu beseitigen sucht. (Overbeck diss. inaug. Heidelberg 1806.)

Die Verbesserungsvorschläge wies bereits Neustetel a. a. O. S. 16 als nur dazu dienend zurück, „den einfachen Inhalt des Fragments zu entstellen.“

1) »Naturam excedere« ist noch stärker als »modum excedere«, und doch bedeutet jene Wendung selbst noch nicht einen Uebergang in eine andere Vertragsart, wie die gleichfalls von Paulus herrührende l. 5 § 4. D. praesc. verb. 19,5 beweist.

2) So erklären diesen Ausdruck ausser Neustetel noch Vangerow a. a. O. § 630, No. 3, S. 434, Heimbach: die Lehre vom creditum S. 444; Schmid a. a. O. S. 86, Note 19; Mühlhäuser a. a. O. S. 14 ff.; Niemeyer a. a. O. S. 41 giebt dies für das »modum excedere« zwar an dieser Stelle unbedingt zu, setzt sich damit aber m. E. in einen Widerspruch zu seiner Auslegung der l. 24, der Papiniansstelle. Auch Glück a. a. O. S. 165 ist wohl im Grunde der hier vertretenen Ansicht.

3) Basiliken XIII. 2. 26. in der Ausgabe von Heimbach S. 54: *καὶ τύχον ἐκ συμφώνου ἀπαιτεῖ ἡ περὶ παραθήκης ἀγωγή.* id est (in der Uebersetzung von Heimbach) et usurae ex conventione depositi actione petuntur.

4) Die beiden Scholien, die eine von Stephanus, die andere von unbekannter Hand: bei Heimbach a. a. O. S. 54 u. 55.

5) Niemeyer a. a. O. S. 43 findet gleichfalls keinen Widerspruch zwischen Paulus und Papinian. Paulus gewähre auch nur für die Zinsen die actio depositi,

Ich gehe in der Besprechung auf das andere Fragment des Paulus, auf die l. 29 § 1 D. 16,3 über[1]). Dasselbe bietet der Interpretation grössere Schwierigkeiten, als die so eben besprochene Stelle, auch kann man mit Recht behaupten, dass fast ebenso viele Auslegungen gewonnen und vertreten wurden, als Schriftsteller sich mit der Exegese der Stelle überhaupt befasst haben[2]). Diese Erscheinung findet ihre Erklärung darin, dass Paulus den Thatbestand nicht ausführlich genug mitgeteilt hat, um alle Zweifel darüber, welches die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Entscheidungen sind, von vornherein zu beseitigen.

Ich verstehe das vorliegende Fragment dahin: „wenn der Depositar irregulär deponierten Geldes von der ihm dadurch eingeräumten Befugnis, das Geld für seine Zwecke zu benutzen, Gebrauch macht, wird er, wie bei allen anderen bonae fidei iudica genötigt, Zinsen gemäss der bona fides zu prästieren[3]).

Die — wie ich meine — gleichzeitig mit Abschluss des Hinterlegungsvertrages und nicht erst nachträglich[4]) gewährte Gebrauchserlaubnis bedeutet für den Vertrag eine konkludente Handlung, aus welcher auf den Willen der Parteien, ut tantundem redderetur, geschlossen werden muss. Aus der Wendung »ex permissu meo uti« folgt hier so viel wie in der l. 31 D. 19,2 aus der Zuzählung nicht versiegelten Geldes und in der l. 24 und 25 § 1 h. t. aus der ausdrücklich getroffenen Abrede der Restitutionspflicht von tantundem. Was könnte denn die gleichzeitig bei dem Vertragsabschluss erteilte Gebrauchserlaubnis bei einem Gegenstande, welcher durch den Gebrauch verbraucht zu werden pflegt, anderes bedeuten, als die Begründung eines derartigen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, dass das Eigentum an der hingegebenen Sache auf den Verwahrer übergeht, und letzterer sich persönlich verpflichtet, ut tantundem redderet! Damit liegt aber der Thatbestand des sogen.

---

für den ganzen Vertrag aber versage er sie, und zu der Zulassung der Klage für die Zinsen veranlassen ihn nur die „Billigkeit“ und das „Verkehrsbedürfniss“.

[1]) Paulus libro secundo sententiarum. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.

[2]) Eine kurze Uebersicht der „in bunter Mannigfaltigkeit schillernden Interpretationsversuche“ (Niemeyer a. a. O. S. 57) lasse ich anhangsweise folgen. Im Interesse der Klarheit habe ich diejenigen Ansichten, zu denen ich mich in Widerspruch setzte, aus der Besprechung der Stelle selber ausgeschieden.

[3]) Diese von Vangerow gegebene Erklärung entspricht m. E. allein dem Wortlaute der Stelle. Der Vorwurf, den man Vangerow gemacht hat, er habe seine Ansicht nicht begründet, ist wohl nicht aufrecht zu erhalten. Vgl. Vangerow a. a. O. § 360, No. 5, S. 435.

[4]) Die Frage, ob die Befugnis zum Gebrauche gleichzeitig oder erst nachträglich vom Deponenten erteilt wurde, ist, wenn auch nicht bei allen Schriftstellern, so doch bei vielen, wie das Beispiel Windscheids, Dernburgs und Schmids lehrt, Vorfrage für die Entscheidung, ob ein depositum irregulare vorliegt oder nicht. Ich bin aus negativen Gründen der Ansicht, dass die Erlaubniss gleichzeitig erteilt ist. Paulus würde wohl, wenn er eine nachträglich erteilte Befugnis hätte zu Grunde legen wollen, sich anders ausgedrückt haben, etwa in der Weise: wenn ich Geld regulär deponiert habe und hernach die Erlaubnis, das Geld zu gebrauchen, gegeben habe, dann tritt das und das ein. Zum mindesten dürfte man ein »postea« erwarten.

depositum irregulare vor. Gestattete ich mir oben Paulus gegenüber das Bedenken nicht ausreichender Präcisierung der thatsächlichen Voraussetzungen seiner Entscheidung, so galt dieses gerade dem »ex permissu uti«, eine Wendung, die erst weitere Gedankenoperationen erfordert.

Uebrigens ergiebt sich ferner auch noch aus dem vergleichenden Hinweise »ut in ceteris bonae fidei iudiciis« der Schluss auf ein irreguläres Depositum. Welche andere Klage sollte wohl gemeint sein als die actio depositi, mit der in diesem Falle Zinsen nach Massgabe der bei bonae fidei negotia überhaupt möglichen Zinsgewährung eingeklagt werden.

Damit ist dann auch zugleich die Frage beantwortet, welche Zinsen der Jurist hier im Auge hat.

Ich glaube nicht, dass Paulus an dieser Stelle sich hinsichtlich der Zinsen anders entscheidet als sein grosser Lehrer Papinian in der l. 24 und 25 § 1 h. t., welche sämtlich im Zusammenhange stehen. Man hat einen Gegensatz zwischen dem Schüler und dem Lehrer herauslesen wollen, doch ist wohl die Behauptung, dass Paulus Gebrauchszinsen auch ohne pactum adiectum bei dem Gebrauche des Geldes seitens des Depositars zu eigenen Zwecken im Widerspruch mit Papinian gewähre, nicht aufrecht zu erhalten.

Einer Erörterung bedürfen noch die Worte »eius nomine«. Worauf beziehen sie sich, und was bedeuten sie? Hinsichtlich der ersten Frage braucht man m. E. kaum Zweifel zu hegen. Logisch und sprachlich ist es gerechtfertigt, die Wendung auf »bonae fidei« zu beziehen. »Nomen hat hier die Bedeutung der Begründung in dem Sinne von »causa«, so dass die Uebersetzung zu lauten hat „in Gemässheit der bona fides“. Damit gewinnt man gleichzeitig auch wiederum einen neuen Stützpunkt für die Behauptung, dass es sich in dem vorliegenden Falle um ein depositum irregulare handelt. Ich halte es dagegen für unrichtig, »eius« auf den ganzen Satz »deposita pecunia utatur« zu beziehen, so dass sich der Sinn ergeben müsste: „es sind wegen des Gebrauches Zinsen zu zahlen“, unrichtig aber deshalb, weil es unlateinisch ist, »eius« in dieser Fassung auf eine ganze Periode zu beziehen[1]).

Bei der Besprechung dieser Stelle pflegt noch ein anderes Fragment des Paulus[2]) in den Kreis der Erörterungen gezogen zu werden, weil sich die beiden Stellen zu widersprechen scheinen. Das letztere Fragment ist jedoch ohne jegliche Bedeutung für die Theorie des depositum irregulare. In diesem Falle handelt es sich

---

[1]) Loewenstein a. a. O. S. 42 giebt dem eius nomine diese Bedeutung. Thut man es aber, dann ist es auch folgerichtig, unter usurae nur die Gebrauchszinsen zu begreifen. Soll aber der Ausdruck »usurae« die Zinsen ex mora neben denen ex pacto adiecto umfassen, wie Loewenstein dies annimmt, dann erscheint eius nomine als überflüssiger Zusatz. Dies hat L. m. E. übersehen. Vgl. noch Loewenstein S. 43 und 44.

[2]) Die gleichfalls den Paulinischen Sententien (Paulus sent. recept. XII, 9) entnommene, bei Huschke (Jurisprud. antejustin. collat. X, c. 7 § 9 S. 639) abgedruckte Stelle lautet: »si pecuniam deposuero, eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur, quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit«.



um eine von den Parteien beabsichtigte Umwandlung eines zunächst vorliegenden depositum regulare (dass an ein solches nur gedacht werden kann, beweisen die Worte: »ac per hoc periculo tuo erit«) in ein mutuum[1]) Die Stelle ist nicht mit der l. 29 § 1, sondern mit l. 9 § 9 D. 12,1 in Verbindung zu bringen, die weiter unten besprochen werden wird.

Auch dieser Ausspruch des Paulus hat gleichfalls recht viele verschiedene Auslegungen erfahren. Da aber die Interpretation dieses Fragmentes gewöhnlich sich in einem Abhängigkeitsverhältnis von der Exegese der l. 29 § 1 befindet, so ist es zweckdienlich, über die verschiedenen korrespondierenden Auffassungen der beiden Stellen zusammen zu berichten.

Um meine Behauptung von der Mannigfaltigkeit der Erklärungen der beiden soeben erörterten Stellen mit Beweisen zu belegen, erwähne ich noch folgende Emendations- und Auslegungsversuche.

Die scheinbar vorhandene Disharmonie in den Entscheidungen der zwei Fragmente suchte Huschke[2]) durch eine Textverbesserung der l. 29 § 1 zu beseitigen. Er schlug vor, statt »ex permissu« impermissu zu lesen. Abgesehen davon, dass in der gesamten römischen Litteratur dieses Wort als Substantiv — Horaz gebraucht impermissus einmal adjektivisch — nicht erscheint, steht dieser Emendation die Thatsache entgegen, dass die Florentina, die Basiliken und die Vulgat-Handschriften den angezweifelten Wortlaut übereinstimmend aufweisen. Deshalb ist der Vorschlag Huschkes allgemein als ungerechtfertigt verworfen worden.

Ebensowenig hat Emmerich[3]) mit seiner Erklärung der l. 29 § 1 Anklang gefunden. Die vorliegende actio bonae fidei sei nicht die Klage aus dem Hinterlegungsvertrage, sondern die actio mandati directa. Die Erlaubnis beziehe sich nicht auf uti, sondern auf deposita. Dies beweist er damit, dass mihi sich notwendiger Weise auf praestare beziehen müsse, dass es aber bei der Annahme eines depositum gänzlich überflüssig sei, weil es in solchem Falle ganz klar ist, wem die Zinsen zu prästiren sind. Den Fall aber, dass mihi auch vielleicht auf cogitur bezogen werden kann, und dass seine Schlussfolgerung mit dieser Annahme hinfällig wird, hat er unberücksichtigt gelassen.

Dedekind[4]) behauptet das Vorliegen eines mutuum in den beiden fraglichen Stellen. Die condictio habe aber bonae fidei-Natur, und so sei die Entscheidung in der l. 29 § 1 zu erklären.

---

[1]) Loewenstein a. a. O. S. 44 Anm. 1 sieht in dieser Stelle ein Analogon zu der l. 29 § 1, kommt jedoch zu dem Schlusse, dass Paulus daselbst thatsächlich nicht an ein mutuum gedacht habe, er habe vielmehr nur gesagt, der Schein spreche für ein Darlehen. In Wirklichkeit liege aber auch hier ein depositum irregulare vor, bei dem das Eigentum sofort übergehe wie beim Darlehen.

[2]) Huschke in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess. N. F. Bd. II S. 150 „Zur Lehre vom Zinsrecht beim depositum". Vgl. dazu Huschke a. a. O. S. 58. Note 3.

[3]) Emmerich in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess. N. F. Bd. XVIII. S. 117 ff.

[4]) a. a. O. S. 51.



Ebenso seltsam ist die Ansicht Schaffraths[1]). Er nimmt beide Male eine Umwandlung in ein Darlehen an, wobei jedoch die Klage aus dem mutuum einige Eigentümlichkeiten einer bonae fidei actio behalten habe.

Bynkershoek und Overbeck[2]) berücksichtigen die zur Vergleichung herangezogene Stelle des Sententientextes nicht, nehmen vielmehr auf Grund der weiter unten zu besprechenden l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12,1, welche bei ganz ähnlichem wie dem hier vorliegenden Thatbestande von der Umwandlung eines depositum regulare in ein mutuum handelt, eine Meinungsverschiedenheit zwischen Paulus und Ulpian an und konstruieren einen Streit der Schulen.

Neustetel[3]) legt der l. 29 § 1 nachträgliche Erlaubnis zu Grunde. Diese sei aber nicht der Art, um daraus „mit Gewissheit zu schliessen oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen“, dass die Parteien durch Novation das depositum in ein Darlehen haben umwandeln wollen.

Auch Heimbach[4]) betont den mangelnden animus novandi als Ursache dessen, dass diese Umwandlung nicht eingetreten sei.

Es folgt sodann noch die Schmid'sche Erklärung der Paulus-Stelle[5]). Dieser Gelehrte nimmt an, es sei Geld zuerst specialisiert, also regulär deponiert worden, vielleicht in der Art und Weise der l. 29 pr. h. t. Durch die hernach erteilte Gebrauchserlaubnis sei aber diese Eigenschaft der an und für sich fungibilen Sache wiedergenommen worden, und von dem Augenblicke des Gebrauches an sei ein irreguläres Depositum entstanden.

Unsere Auffassung nähert sich der Meinung der Glosse (ut in ceteris), die Parteien hätten ausgemacht, das Geschäft solle ein depositum bleiben. Ist die Annahme einer derartigen Parteiabrede auch nicht zu billigen, so „war doch die Glosse des Accursius schon auf dem rechten Wege“[6]).

Eine stillschweigend erteilte Gebrauchserlaubnis hat zuerst Frantzke[7]) angenommen. Ihm schlossen sich Glück[8]) und Mühlhäuser an[9]). Frantzke und seine Anhänger glauben damit ein Unterscheidungsmerkmal von der schon erwähnten l. 9 § 9 de reb. cred. Ulpians gewonnen zu haben. Dem hält Niemeyer S. 59 — und wie mir dünken will — mit Recht entgegen, dass die Gebrauchserlaubnis deswegen, weil sie stillschweigend erteilt ist, nicht weniger

---

1) a. a. O. S. 116 ff.

2) Bynkershoek: observ. iur. Rom. lib. VIII. c. 5 S. 301. Overbeck: Diss. de collocat. depositi tam . . . § 22 S. 41.

3) a. a. O. S. 12 ff.

4) Lehre von dem Creditum S. 434 ff.

5) Arch. f. d. civilist. Praxis. Bd. XXX. S. 93 ff.

6) Neustetel a. a. O. S. 12.

7) Comment. in pand. depositi vel contra No. 28 »quia loquitur de tacita deponentis permissione.

8) Glück a. a. O. S. 168 ff. Mühlhäuser a. a. O. S. 42.

9) Nicht richtig ist jedoch die Behauptung Mühlhäusers, dass Vangerow ihrer Meinung sei. Der mir vorliegenden 6. Auflage seines Lehrbuchs ist wenigstens diese Anschauung nicht zu entnehmen. Er hat sich vielmehr klar und deutlich zu der oben vorgetragenen Ansicht bekannt.

Gebrauchserlaubnis ist, und dass auch ein Darlehen ebenso gut stillschweigend abgeschlossen werden kann.

Windscheid und Dernburg[1]) stimmen in ihrer Auffassung dieser Paulusstelle überein. Sie nehmen zunächst ein reguläres depositum an, das durch die nachträglich erteilte Gebrauchserlaubnis zum irregulären wird. In der Annahme eines unregelmässigen Hinterlegungsvertrages stimme ich ihnen bei. Weshalb ich aber der Auffassung einer erst nachträglich erteilten Gebrauchserlaubnis nicht beitreten möchte, das habe ich bereits oben begründet.

Zum Schlusse sei die Stellung, die Niemeyer[2]) diesen Fragmenten gegenüber einnimmt, betrachtet. Was die Vereinigung der beiden Aeusserungen des Paulus angeht, so sieht auch er die einzige Möglichkeit, diese Stellen in Einklang mit einander zu bringen, in der Annahme eines verschiedenen Zeitpunktes der Erteilung der Gebrauchsbefugnis. Aber selbst dieses Ergebnis befriedigt ihn nicht. Er wirft Paulus Inkonsequenz auf alle Fälle vor, doch mit Unrecht. Denn der behauptete Widerspruch mit der l. 10 D. de reb. cred. und der l. 1 § 34 D. depositi vel contra besteht garnicht, wie aus der Abhandlung weiter unten sich ergeben wird.

---

[1]) Windscheid a. a. O. § 379, Note 6; Dernburg, Pandekten. § 93, Anm. 5.
[2]) a. a. O. S. 52—61.

§ 5.

Es sei nun die l. 28 D. h. t. citiert und dieser Responsenstelle des Rechtsgelehrten Cervidius Scaevola eine Besprechung gewidmet[1]).

Der in dem Fragment mitgeteilte Thatbestand ist folgender:

„Caecilius Candidus hatte dem Paccius Rogatianus eine Empfangsbescheinigung über bei ihm für Rogatian eingezahltes Geld ausgestellt und in derselben weiter versprochen, für die Verzinsung des Geldes sorgen zu wollen. Rogatian hat nun Bedenken, ob er auf Grund dieses Versprechens Zinsen fordern könne, und wendet sich mit seinen Zweifeln an Scaevola. Der Jurist erwidert ihm, dass er Zinsen zu beanspruchen habe, gleichgültig, ob Candidus selbst Zinsen von dem Gelde gewonnen hätte, oder ob er das Geld in eigenem Nutzen verwandt hätte, denn es handle sich ja um ein Rechtsgeschäft, dass von der bona fides beherrscht werde.

Im Mittelpunkt der Erörterung steht die Frage, wie das Zinsversprechen des Candidus aufzufassen sei. Um eine Antwort erteilen zu können, musste der Jurist zunächst den Thatbestand präcisieren. Das Ergebnis dieser Thätigkeit teilt er uns aber in dem Fragment nicht ausdrücklich mit, sondern erwähnt des Rechtsgeschäftes nur als eines bonae fidei negotium und schliesst daraus, dass Zinsen zu fordern seien. Suchen wir nun bei der Exegese der Stelle nach dem fehlenden Gliede der Gedankenkette, so ist in Anbetracht dessen, dass die Stelle im Titel depositi vel contra steht, das Nächstliegende: ein irreguläres depositum. Ein Darlehen ist ausgeschlossen wegen der Charakterisierung des Rechtsgeschäftes als bonae fidei negotium, oder man müsste etwa wie Dedekind[2]) die condictio certi ex mutuo mit bonae fidei-Natur ausstatten. Fast einstimmig hat man denn auch die Empfangsbekenntnis als Bescheinigung einer erfolgten Hinterlegung aufgefasst und in einer ziemlich umfangreichen Litteratur[3]) diese Ansicht begründet und verfochten. Nur Niemeyer[4]) hat sich damit nicht unbedingt einverstanden erklärt. Dieser Interpret der Quellenstelle behauptet unter Berufung

---

[1]) Scaevola libro primo responsorum. Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta: »Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: idest ut usuras eorum accipias, curae habebo«. quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.

[2]) a. a. O. S. 60.

[3]) Vgl. Niemeyer a. a. O. S. 66, Anm. 3.

[4]) a. a. O. S. 61—66.

auf die Erörterungen Ulpians in l. 10 §§ 3 und 8 depositi mandati, dass Scaevola die actio mandati im Auge gehabt habe. Im Gegensatz zu der oben besprochenen Ansicht, dass als einzige causa obligandi der Hinterlegungsvertrag vorliege, nimmt er das Vorhandensein zweier derartiger causae an. Der Brief enthalte einmal ein Empfangsbekenntnis, in welchem die Annahmeerklärung eines mandatum de accipiendo zu sehen ist, und sodann, abgesondert davon, ein selbständiges formloses Vertragsversprechen, das gleichfalls die Gestalt eines Mandats angenommen habe. Die in dem Fragment angezogene Klage sei jedoch die von dem letzteren Kontrakte erzeugte. Hinsichtlich der ersten causa obligandi — das giebt Niemeyer zu — wäre aber allerdings eine andere Auffassung immerhin noch möglich. Und wenn ich Niemeyer recht verstehe, so scheint er sich zu guterletzt auch noch für die Annahme dieser anderen Auffassung entschlossen zu haben. Er sagt auf S. 66: „Es ist nicht viel dagegen einzuwenden, dass etwa — und damit wäre die Stellung des Fragmentes im Titel depositi erklärt — der gegebene Thatbestand als depositum mit hinzutretendem Mandat aufgefasst wird. Mit dem Grundsatz, dass das Mandat in Konkurrenz mit dem depositum das letztere verschlingt, wäre das nachträgliche Mandat[1]) mit Unterstellung bis dahin bestehenden depositum wohl vereinbar".

Diese m. E. ziemlich gekünstelte und komplizierte Erklärung hat bereits eine Widerlegung erfahren[2]). Jedenfalls ist der Einwand, dass Niemeyer das etiam in der Frage nicht berücksichtigt hat, welches doch deutlich auf die Einheit der causa obligandi hinweist, und welches ausdrückt, dass „die Zinsen hier nur als etwas zum Hauptgegenstand (dem Kapital) Hinzukommendes eingeklagt werden sollen", zutreffend.

Was könnte uns denn aber in der Annahme eines irregulären Depositums wankend machen? Höchstens doch nur der scheinbare Widerspruch zwischen dieser Stelle und den Papinians-Stellen bezüglich der Entscheidung über die Gebrauchszinsen.

Besteht denn aber thatsächlich eine Meinungsverschiedenheit? In jenen Stellen hat Papinian es als der bona fides widersprechend erklärt, vom Depositar Zinsen nur auf Grund des Gebrauches des hinterlegten Geldes ohne besondere Abrede zu verlangen. Er hatte jedoch seine Betrachtungen einschränkend geschlossen: si tamen ab initio de usuris praestandis convenit lex contractus servabitur. Auch Scaevola gewährt die Klage hinsichtlich der Zinsen nicht deshalb, weil der Depositar selber Zinsen von dem Gelde gewonnen, oder das Geld für eigene Zwecke verwandt hat, sondern deswegen, weil es der bona fides widersprechen würde, wenn der Depositar bei seinem Versprechen, nachdem die Erfüllung ermöglicht ist, nicht verharren würde, oder wenn er durch Verwendung des Geldes zu eigenem Nutzen die Ermöglichung der Erfüllung verhinderte. Dass

---

[1]) Das Mandat entsteht deshalb später als das Depositum, weil das Versprechen von Zinsen Offerte des Mandates, die Empfangsbekenntnis aber den Abschluss des Hinterlegungsvertrages bildet.

[2]) Schirmer a. a. O. S. 35.



das vorliegende Versprechen aber auch noch unter die „Abrede“ im Sinne der l. 24 falle, glaube ich annehmen zu dürfen. Dafür aber gewährt die Stelle des Scaevola meiner Meinung nach keinen Anhalt, dass Gebrauchszinsen auch ohne Abrede stets zu zahlen sind, sobald der Depositar selber aus dem Gelde Zinsen zog oder es für seine eigenen Zwecke verwandte.

Ziehen wir das Ergebnis unserer bisherigen Erörterungen! Alfenus, Scaevola, Papinian und Paulus besprechen Thatbestände, die über die Grenzen der regulären Hinterlegung hinausgehen. Sie behandeln sie aber nicht als Fälle des mutuum, sondern gewähren entweder noch ausdrüclich die actio depositi oder bezeichnen, wie Scaevola, die zuständige Klage als eine actio bonae fidei, die aber, wie der Zusammenhang lehrt, die Klage aus dem Hinterlegungsvertrage ist. Dass aber die Pandektenjuristen vorzüglich die Zinsfrage behandeln, darf uns nicht Wunder nehmen und nicht zu falschen Schlüssen verleiten; ist doch gerade diese Frage in Anbetracht der noch in Rom bestehenden stricti iuris-Natur des Darlehens von grösstem Einfluss auf das tägliche Leben, und haben wir es auch andererseits mit einer kasuistischen, an die Bedürfnisse der Praxis anknüpfenden Rechtswissenschaft zu thun.

---

§ 6.

Mit den besprochenen Stellen ist das in dem Streite um das depositum irregulare zu Gebote stehende Quellenmaterial nicht erschöpft. Besonders wird noch von den Gegnern auf die Autorität Ulpians zurückgegriffen, und es werden Fragmente dieses Rechtslehrers herangezogen, die beweisen sollen, dass der dem Begriffe der herrschenden Lehre zu Grunde liegende Thatbestand von ihm als ein Darlehen erkannt und behandelt wurde. Ist diese Behauptung richtig? Haben wir wirklich einen Widerspruch festzustellen zwischen Alfenus, Scaevola, Papinian und Paulus einerseits und Ulpian andererseits? Es kommen 5 Aussprüche Ulpians in Betracht, von denen 3 die l. 9 § 9 D. de reb. cred., die l. 1 § 34 D. depositi vel contra und die l. 10 D, de reb cred. aufs Engste zusammengehören.

Betrachten wir letztere 3 Stellen zunächst. Zum leichteren Verständnis der l. 9 § 9 D. 12,1[1]) empfiehlt es sich, die l. 34 pr. D. mandati heranzuziehen, weil in ihr Africanus ganz mit der Ansicht Ulpians übereinstimmt[2]).

Der springende Punkt bei beiden Fragmenten ist eine Erörterung darüber, was zu einer Umwandlung eines regulären depositum in ein Darlehen erforderlich sei[3]). Tritt das Darlehen bereits mit dem Abschlusse des Vertrages ein, oder bedarf es noch weiterer Erfordernisse? Das Bedenken dabei ist dies. Wie wird bei dem Uebergange eines depositum in ein mutuum dem Erfordernisse des Darlehens, dass die nummi, qui mei erant, tui fiunt genügt? Durch die Worte »animo enim coepit possidere« wird es gehoben. Die Detention des Depositars verwandelt sich im Augenblicke des Vertragsabschlusses durch brevi manu traditio in juristischen Besitz, und eines besonderen Apprehensionsaktes bedarf es nicht weiter. Dies wird mit »etiam antequam moveantur« ausgedrückt. Deshalb ist von dem Augenblicke des Vertragsabschlusses an ein Darlehen zu stande gekommen, und deswegen ist von dann ab die condictio certi ex mutuo allein zulässig. Dass der vorliegende Thatbestand

---

1) Ulpianus libro XXVI, ad edictum. Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

2) Africanus libro VIII. quaestionum . . . . nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Auf die Uebereinstimmung dieser beiden Stellen hingewiesen zu haben, ist das Verdienst von Glück a. a. O. S. 156.

3) So auch Vangerow § 360. III. S. 439.

aber die Umwandlung eines regulären Depositums in ein Darlehen mitteilt, beweisen die Worte »transit periculum« und »qui mutuam rogavit«[1]). Die Annahme eines zunächst vorliegenden irregulären Depositums[2]) ist durch die Erwähnung des Gefahrüberganges im Augenblicke des Abschlusses des Umwandlungsvertrages ausgeschlossen, denn bei dem irregulären Hinterlegungskontrakte geht die Gefahr sofort mit dem Eigentum auf den Depositar über.

Auf die Frage aber, ob dann, wenn dem Depositar der Gebrauch gestattet würde, noch ein Depositum angenommen werden dürfe, giebt die Stelle keine Antwort. Es ist allerdings richtig, dass daselbst die Rede von einem permittere uti ist. Richtig ist auch m. E. das argumentum a contrario, dass die actio depositi nach der Umwandlung unzulässig sei. Das permittere uti wird aber ergänzt durch das mutuam rogare, so dass die Absicht der Parteien, ein Darlehen zu begründen, wohl handgreiflich ist. Um dem permittere uti hier den Inhalt geben zu können, wie dem ex permissu des Paulus (vgl. l. 29 § 1 h. t.), müssten wir erst das mutuam rogare des Depositars aus dem Thatbestand beseitigen. Von einem derartigen Versuche kann ich auch berichten, doch will mir die Erklärung, das mutuam rogare enthalte nur die subjektive Ansicht des Juristen, kaum annehmbar erscheinen[3]). Zu erwähnen ist auch noch die Bruckner'sche Interpretation[4]). Er nimmt Umwandlung eines regulären Depositums in ein irreguläres an und verteidigt das Nebeneinanderbestehen von actio depositi und condictio bei dem depositum irregulare.

Wie steht es aber mit der l. 1 § 34 D. depositi vel contra und der l. 10 D. de reb. cred., die einen gleichen Inhalt haben bezw. sich gegenseitig ergänzen?[5])

Ich halte die vorliegenden Fragmente für praktische Fälle des in der l. 34 pr. D. mandati enthaltenen Prinzips, und sie sind dem in der l. 9 § 9 besprochenen Thatbestande sehr ähnlich. Auch in diesen beiden Stellen handelt es sich um eine Umwandlung eines regulären Depositums in ein mutuum, und wieder beschäftigt den Juristen nur die Frage, von welchem Zeitpunkte an das beabsichtigte mutum seinen Anfang nimmt. Dass ein mutuum das Ziel der Umwandlung ist und nicht ein irreguläres Depositum, beweist meines Dafürhaltens das aus den Worten priusquam utaris depositi teneberis zu entnehmende argumentum a contrario, dass nämlich

---

[1]) Diesse Auffassung finden wir ausser bei Vangerow noch bei Glück a. a. O. S. 55, Neustetel a. a. O. S. 7 u. 8 und bei Mühlhäuser a. a. O. S. 31.

[2]) Eine Umwandlung eines irregulären Depositums in ein mutuum nimmt Schmid a. a. O. S. 90/91 allein an.

[3]) Loewenstein a. a. O. S. 50, 51 erklärt das mutuam rogare für die subjektive Auffassung Ulpians.

[4]) Bruckner a. a. O. S. 66 ff.

[5]) Ulpianus libro XXX ad edictum. Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, prius quam utaris depositi teneberis.

Ulpianus libro II. ad edictum. Quod si ab initio, cum deponerem uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

nach dem Gebrauche die condictio certi ex mutuo und zwar ausschliesslich zulässig ist[1]).

Di l. 10 D. de reb. cred. erschwert den Beweis der beabsichtigten Umwandlung in ein Darlehen sehr, denn die Ausdrücke »creditam non esse« und »debitu iri« sind farblos. Erwiesenermassen[2]) ist der Begriff des creditum im Sprachgebrauche der Quellen[3]) kein einheitlich juristischer, sondern ein ökonomischer, der durch das Prätorische de rebus creditis sich erst Eingang in die Terminologie der Jurisprudenz verschaffte. An und für sich kann das creditam non esse sowohl auf ein Darlehen wie auf ein depositum irregulare deuten. Eine Vergleichung mit der l. 1 § 34 ergiebt, dass unter dem credere hier nur der engste Begriff, ein specieller Fall des creditum, das mutuum, gemeint sein kann[4]). Dass es sich aber um die Novation eines regulären Depositums in ein Darlehen, nicht aber in ein irreguläres Depositum handelt, kann wohl mit Recht aus den Fragmenten selbst gefolgert werden. In beiden Stellen ist die Rede von einem permittere uti. Darin liegt noch nicht eine Abrede, ut tantundem redderetur, sondern nur eine einseitige Erklärung des Deponenten, eine Offerte zu einer Novation. Der Depositar aber erklärt sich vorläufig noch nicht darüber, ob auch er novieren wolle, und infolgedessen müsste die Offerte als nicht gemacht gelten, wenn nicht durch das si voles der Deponent seiner Offerte eine dauernde Gültigkeit gegeben hätte, dergestalt, dass die nach einiger Zeit seitens des Depositars ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte Erklärung, nunmehr gleichfalls novieren zu wollen, als Annahme der Offerte und nicht als eine neue Offerte zur Umwandlung gilt. In beiden Fragmenten kommt der Darlehensvertrag durch eine konkludente Handlung auf Seiten des Depositars zu stande. Dies ist eine ganz zufällige, hier auf dem besonderen Thatbestand beruhende Erscheinung, und es würde hinsichtlich der Entscheidung keinen Unterschied machen, wenn der Depositar ausdrücklich seinen Willen erklärt hätte; die actio aus

---

[1]) Bruckner a. a. O. S. 72 weist allerdings das argumentum a contrario zurück. Nicht ausschliesslich, sondern neben der condictio sei die actio depositi zulässig. Den Juristen aber interessiere nur, von wann ab auch die condictio bei dem hier vorliegenden depositum irregulare angestellt werden könne. Die ganze Untersuchung stelle Ulpian nämlich — wie auch schon daraus hervorgehe, dass die aus dem II. Buche des Ulpianischen Ediktkommentars entnommene Stelle ein Fragment der Erläuterung des Juristen zu der Ediksrubrik de vadimonio Romam faciendo sei — nur an, um zu erötern, von wann ab dem in einer Munizipalstadt domizilierten Deponenten des irregulären Depositums der Klageweg an sein heimisches Stadtgericht offen stehe. Alle infamierenden Klagen mussten vor dem „Reichsgericht in Rom“ anhängig gemacht werden. Vgl. Bruckner S. 71—73.

[2]) Dass credere verschiedene Bedeutung hat, lehren Savigny, System, Bd. V, S. 512 ff., Ihering, Zweck im Recht, Bd. I „Der Kredit“ S. 157 ff., Heimbach, Lehre vom Creditum, hauptsächlich in der 2. Abhandlung, Girtanner, Die Stipulation, S. 432 ff., Pernice, Labeo, Bd. I S. 416, 417, Huschke, Die Lehre vom Darlehen, S. 3—6.

[3]) Vgl. l. 1 u. 2 D. de reb. cred. 12,1; l. 7 D. 45,1 u. Gaius III. 124.

[4]) So Vangerow a. a. O. S. 440. § 630. III: Mühlhäuser a. a. O. S. 53; Niemeyer a. a. O. S. 54. auch Glück, Schaffrath, Schmid, Loewenstein. A. M. ist Bruckner a. a. O. S. 71, der ein depositum irregulare vermutet.

dem mutuum würde dann eben von diesem Augenblicke an von Ulpian gegeben werden[1]). Da aber hier bei diesem Vertrage der Deponent den Depositar begünstigt und es in sein Belieben stellt, wann der Uebergang der Tragung der Gefahr des hinterlegten Geldes stattfinden soll, so ist die Voraussetzung des Juristen, dass stillschweigend die Annahme erklärt wird, ganz natürlich in Anbetracht dessen, dass der Depositar den Deponenten die Gefahr so lange wird tragen lassen, bis er das Geld notwendig für sich gebraucht und es dann verbraucht. So erklärt sich also die konkludente Handlung.

Somit kommen wir denn mit Vangerow zu dem Resultate, dass aus diesen Stellen ebensowenig wie aus der l. 9 § 9 D. de reb. cred. irgend ein Argument weder für noch gegen die Annahme eines depositum irregulare entnommen werden kann.

Die 3 soeben erörterten Stellen Ulpians mussten wir nach dem Ergebnis der Exegese als ungeeignet, in der Theorie des depositum irregulare irgend welche Anhaltspunkte zu gewähren, zurückweisen. Demnach bleiben noch 2 Fragmente desselben Schriftstellers übrig, die l. 7 § 2 D. h. t. und die l. 24 § 2 D. 42.5[2]).

Ueber das Konkursprivileg des Deponenten erteilt m. E. die l. 24 § 2 Auskunft. Die l. 7 § 2 behandelt dahingegen kein Privileg, sondern bildet bloss eine ausführlichere Erörterung des letzten Satzes der zuerst genannten Stelle: si tamen nummi exstent[3]). Dies ist die Basis der einen, si nummi non exstent die Grundlage der anderen Stelle. Hier ist die Rede von der Aussonderung, dort wird

---

[1]) Neustetel a. a. O. S. 7 u. Heimbach a. a. O. S. 134 u. 436 erblicken in dem si voles eine suspensive Potestativbedingung, so dass die Novation auf der Stelle zu stande gekommen wäre. Demnach hätte der Depositar seinen Willen sogleich bei Abschluss des Hinterlegungsvertrages unter der Bedingung etwa faciam si volam erklärt. Darin ist aber eine conditio iuris enthalten, die bekanntlich ohne rechtliche Bedeutung ist. Es wäre infolgedessen die Novation gleich bei der Hinterlegung abgeschlossen worden. Dies aber widerspricht doch der Entscheidung.

[2]) Ulpianus libro XXX ad edictum. Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

Ulpianus libro LXIII ad edictum. In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

[3]) Diese Auffassung schliesst sich der des Cuiacius an (Cuiacius in libr. IX. Quaest. Papin. ad l. 8 depositi in Op. IV. S. 210). Sie hat auch die Autorität der Scholiasten für sich (Basiliken III. 2 fragm. VIII. Schol. a., bei Heimbach a. a. O. S. 44). Abweichender Meinung ist die Glosse, Vangerow a. a. O. Bd. III § 594 S. 255 und die dort Aufgeführten. Der Ansicht des Cuiacius haben sich in neuester Zeit Bruckner und Best a. a. O. S. 87 angeschlossen.

das privilegium exigendi besprochen. Bald werden die Rechtsfolgen eines dinglichen Rechtes, bald diejenigen eines persönlichen Anspruches erörtert. Die Rechte, die vor den Privilegien berücksichtigt werden, sind keine Gläubigerrechte, dagegen werden die Forderungen aus einem Hinterlegungsvertrage an der letzten Stelle in der Reihe der privilegierten Ansprüche wahrgenommen. In beiden Fragmenten wird dem depositum regulare das creditum im weitesten Sinne entgegengestellt[1]). Darüber, dass unter den depositarii und den qui depositas pecunias habent, die regulären Deponenten zu verstehen sind, wird nicht gestritten. Den Sätzen »non quos faenore . . . vel per ipsos exercebant« und »qui postea usuras acceperunt« entspricht die Bemerkung »aliud est enim credere aliud deponere«. Zu den creditores im weitesten Sinne gehören aber — so auch nach Ulpian — die irregulären Depositare, die mit inbegriffen sind unter den quos . . . exercebant, ja, um die es sich hier vielleicht allein handelt, wie aus dem »nummis depositis usuras acceperunt« geschlossen werden darf. Ulpian stellt also dem regulären Depositum das irreguläre gegenüber. Damit ist aber der Schluss Niemeyers[2]) meiner Meinung nach noch immer nict gerechtfertigt, dass der Jurist das depositum irregulare mit dem Darlehen identifiziert. Auch aus dem »quasi renuntiaverint deposito« ist dies nicht herauszulesen. Darin hat Niemeyer[3]) zwar Recht, dass diese Worte nicht bedeuten: auf das Konkursprivileg des Depositars verzichten, sondern »vom Hinterlegungsvertrage zurücktreten«. Quasi hat aber keinen kausalen Sinn, wie jener Interpret meint. Es handelt sich vielmehr wohl lediglich um eine Fiktion zu Lehrzwecken.

Betrachten wir nun den Inhalt der Stellen im einzelnen:

Der der l. 7 § 2 zu Grunde liegende Thatbestand ist folgender. Ein Bankier, der reguläre Gelddepositen aufgenommen hatte, war in Konkurs gegangen. Die Depositen waren ganz oder teilweise noch erkennbar vorhanden[4]). Die regulären Deponenten können ihr Geld, soweit es noch vorhanden ist, vindizieren. Der farblose Ausdruck »rationem habere« gestattet sicherlich diese thatsächliche Voraussetzung, die meiner Meinung nach durch das ante privilegia zur Gewissheit wird. Es soll sich um ein Recht handeln, das noch den privilegia exigendi vorgeht. Es ist also das Aussonderungsrecht gemeint. Wie kommt aber der Jurist dazu, diese einem jeden, mit dem Rechte nur einigermassen Vertrauten geläufige Konsequenz des Eigentums besonders zu erwähnen. Dies geschieht eben der irregulären Deponenten wegen. Sie, die Zinsen vom hinterlegten Gelde erhielten, haben dieses Recht nicht und müssen sich wie die gewöhnlichen Gläubiger mit einer Dividende begnügen. Der Grund: weil sie quasi depositi renuntiaverint. Der rechtliche Grund, wes-

---

[1]) Darin stimme ich Niemeyer bei, dass nicht das Depositum ohne Zinsen einem mit Zinsen gegenübersteht, sondern ein depositum regulare dem creditum. Vgl. Niemeyer S. 68.

[2]) Niemeyer a. a. O. S. 71.

[3]) Ebenda S. 79.

[4]) Vangerow a. a. O. S. 253 nimmt auch an, dass nummi exstant, setzt aber voraus, dass sie nicht mehr in specie wiederzuerkennen sind.

halb die irregulären Deponenten das ihnen wirtschaftlich noch gehörende Geld selbst dann nicht, wenn es noch unterscheidbar vorhanden und noch nicht konsumiert oder vermischt ist, vindizieren können, liegt darin, dass das Eigentum sofort mit der irregulären Hinterlegung übergegangen ist. Dies hat Ulpian mit dem quasi renuntiaverint deposito ausdrücken wollen.

Für die Theorie des depositum irregulare komme ich bei Interpretation dieser Stelle zu dem Ergebnis, dass das depositum irregulare dem Juristen wohl bekannt war, dass er auch bei diesem Rechtsgeschäft sofortigen Eigentumsübergang annahm, so dass etwa noch vorhandenes Geld nur von den regulären Deponenten vindiziert werden konnte.

Mit dem eigentlichen Konkursprivileg des Hinterlegers befasst sich die l. 24 § 2, mit welcher die l. 7 § 3 und l. 8 h. t. in Zusammenhang stehen. Hier wird Untergang des Eigentums an dem regulär hinterlegten Gelde angenommen. Der Eigentümer des Geldes war aber infolge des Hinterlegungsvertrages auch persönlich dem Depositar gegenüber berechtigt. Um nun möglichst die Wirkung abzuschwächen, die die Verletzung der fides publica im Rechtsleben hervorruft, werden die Forderungen aus dem Depositum privilegiert, und zwar erhalten sie die letzte Stelle in der Reihe der privilegierten Forderungen.

Hinsichtlich des Konkursprivilegs bin ich zu dem, allerdings von Vangerow[1]) abweichenden Ergebnis gekommen, dass nur die Forderungen aus einem regulären Depositum bevorzugt sind. Für den Streit aber um das depositum irregulare ist dieser Stelle nicht die Folgerung Niemeyers zu entnehmen, dass Ulpian dieses Rechtsgeschäft ganz und gar dem Darlehen untergeordnet hat[2]).

---

1) Vangerow l. c.

2) Best a. a. O. hebt mit Recht hervor, dass deshalb zwei Rechtsgeschäfte, weil sie gleichmässig eine Rechtsfolge nicht haben, die ein anderes Geschäft hat, noch nicht mit Notwendigkeit identisch sein müssen.

§ 7.

Ergebnis der Exegese.

Blicken wir nunmehr auf die Resultate der Exegese zurück, so finden wir, dass der häufig behauptete Widerspruch zwischen Ulpian und den übrigen Pandektenjuristen, die sich mit dieser Lehre befasst haben, nicht besteht. In den einen Stellen hat Ulpian gar nicht das irreguläre Depositum im Auge, in den anderen Fragmenten konstatiert er nur eine verschiedene Rechtsfolge zwischen dem regulären und irregulären Depositum bezüglich des Konkursprivilegs. Dass aus diesen Stellen die Behauptung herzuleiten ist, Ulpian habe Darlehen und unregelmässiges Depositum nicht von einander gehalten, erscheint mir nicht zutreffend.

Der Nachweis aber ist hoffentlich geglückt, dass Alfenus, Scaevola, Papinian und Paulus einen Hinterlegungsvertrag kannten, bei welchem der Depositar nur zur Rückgewährung einer gleichen Quantität gleicher Qualität verpflichtet war, während das Eigentum sofort mit Abschluss des Vertrages auf ihn überging, sodass er nach den Sätzen casum sentit dominus und genus perire non censetur auch die Gefahr des kasuellen Unterganges der hinterlegten Sache zu tragen hatte.

Damit ergiebt sich für uns das Resultat, dass der von Windscheid aufgestellte Begriff quellenmässig ist. Infolgedessen ist es gerechtfertigt, bei der nun folgenden Vergleichung der beiden Rechtsgeschäfte jenen Begriff unseren Ausführungen zu Grunde zu legen.

---

§ 8.

Bei einer Vergleichung der Definitionen der beiden Verträge machen wir die auffallende Wahrnehmung, dass sie in ihren äusseren Thatbeständen kein Unterscheidungsmerkmal bieten. Hier wie dort liegt Hingabe von vertretbaren Sachen[1]) zu Eigentum vor

[1]) Das Objekt beider Verträge ist überwiegend Geld. Indessen giebt es auch in den römischen Quellen des gemeinen Rechts Beispiele von Darlehen in vertretbaren Sachen anderer Art, in Wein, Oel und Getreide (vgl. pr. J. quibus modis re contrahitur obligatio III. 14, l. 7 § 3 D. de senatusconsulto Macedoniano 14,6 und cap. 12, 16, 23 C. de usuris 4.32). Dass auch bei der irregulären Hinterlegung andere vertretbare Sachen als Geld in Verwahrung gegeben werden können, beweist die bereits interpretierte l. 31 D. 19.2.

In der heutigen Zeit kommen noch die vertretbaren Wertpapiere zu den Objekten dieser Verträge hinzu. Bilden solche den Gegenstand eines der beiden Rechtsgeschäfte, dann hat der Schuldner aus dem Vertrage nicht dieselben Stücke, sondern eine gleiche Anzahl von Wertpapieren derselben Art zurückzugewähren, nicht aber Geld zu restituieren, es sei denn, dass ihm das Wahlrecht ausdrücklich vorbehalten ist, oder dass derartige Papiere zur Zeit der Rückgabe nicht mehr vorhanden sind. Vgl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. VII S. 436 u. Bd. XX. S. 307.

Der Begriff der vertretbaren Wertpapiere erscheint schon im Handelsgesetzbuch, Art. 301. Allein die Frage, ob ein Wertpapier vertretbar ist oder nicht, wird in diesem Gesetze nicht kasuistisch geregelt. Vielmehr entscheidet ganz im allgemeinen sowohl für das Handelsrecht wie für das gemeine Recht die Anschauung des Verkehrs darüber, ob eine Sache und somit auch ein Wertpapier fungibel ist oder nicht. Dabei steht der Vertretbarkeit die Bezeichnung der Wertpapiere mit Nummern oder Buchstaben nicht entgegen (vgl. Cohn in Endemanns Hdb. d. Handelsrechts. Bd. III S. 847, Text und Anm. 103 u. 105). Desgleichen lässt das B. G. B. bei Entscheidung dieser Frage den Verkehr massgebend sein, wenn es in § 91 definiert: „vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“. Auch das sogen. Bankdepotgesetz, welches auf dem Gebiete des Handelsrechtes in neuester Zeit die reguläre und die irreguläre Hinterlegung von vertretbaren Wertpapieren regelt, überlässt in der Hauptsache die Entscheidung bezüglich der Vertretbarkeit dem Verkehr und nennt in § 1 nur einige Wertpapiere besonders als vertretbare: so Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder (Art. 301 H. G. B.) durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen, auch Banknoten und Papiergeld (letzteres allerdings erst in der unter dem 23. Juli 1896 im Reichsgesetzblatt gegebenen Berichtigung, vgl. Riesser, Bankdepotgesetz, Berlin 1897, S. 6). Dass das Gesetz eine erschöpfende Aufzählung nicht geben konnte oder mochte, geht aus den Worten des Paragraphen „oder vertretbare andere Wertpapiere“ hervor.

Geld als der Wertmesser im wirtschaftlichen Leben gilt in der Regel als vertretbar. Bei den Wertpapieren bedarf es bei jeder Art der erneuten Prüfung, ob der Verkehr es als vertretbar auffasst oder nicht. Dieser Verschiedenheit entsprechend hat der Richter bei seiner Subsumierungsthätigkeit, sobald es sich um Wertpapiere handelt, zunächst zu untersuchen, ob die betreffenden Wertpapiere einer vertretbaren Art angehören. Erst wenn es sich herausgestellt hat, dass sie vertretbar sind, kann er die Frage stellen: Darlehen oder depositum irregulare.

unter der Verpflichtung, ebensoviel von gleicher Qualität zurückzuleisten. Und doch fanden wir, dass das positive Recht zwei Vertragstypen unterscheidet. Demnach muss ein Unterscheidungsmerkmal vorhanden sein, und es muss erhebliche Bedeutung besitzen, denn sonst würde der Gesetzgeber zwischen den beiden Verträgen nicht unterschieden haben, vielmehr sich an der juristischen Konstruktion eines derartigen Vertrages haben genügen lassen. Wo finden wir demnach den Unterschied?

Eine Untersuchung der Frage ist nicht nur von rein wissenschaftlichem Interesse für den Theoretiker, sie ist auch unerlässlich für die Anwendbarkeit dieser Rechtsinstitute in der Praxis. Woran soll denn der erkennende Richter im konkreten Falle, da ein äusserliches Unterscheidungsmerkmal fehlt, erkennen, ob er es mit einem Darlehen oder einem unregelmässigen Hinterlegungsvertrage zu thun hat? Die Parteien vermögen in der Regel die Subsumierungsthätigkeit des Richters nicht entbehrlich zu machen, da sie sich zwar wohl über die von ihnen beabsichtigten wirtschaftlichen Veränderungen klar sind, jedoch nicht ausreichend in der juristischen Terminologie bewandert sind, um das von ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft mit dem richtigen juristischen Namen zu bezeichnen[1]).

Die beiden Verträge unterscheiden sich ihrem Geschäftszwecke nach von einander[2]). Das irreguläre Depositum dient dem

---

Nach dem Depotgesetz kann es aber letzteres nur dann sein, wenn der Hinterleger, welcher nicht gewerbmässig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, ausdrücklich und schriftlich für das betreffende Geschäft die Erklärung abgegeben hat, dass der Verwahrer gleichartige Wertpapiere zurückgewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen verfügen dürfe. Für den gewerbmässig ein Bankgeschäft betreibenden Hinterleger aber, der mit einem Kaufmann einen derartigen Hinterlegungsvertrag abschliesst, gilt diese Formenstrenge des § 2 des Depotgesetzes nicht.

Das B. G. B. bestimmt hingegen im § 700 Abs. 2, dass bei vertretbaren Wertpapieren ein depositum irregulare nur dann vorliegen kann, wenn Eigentumsübergang und Restitutionsverbindlichkeit von tantundem „ausdrücklich“ vereinbart wurde. Demnach ergiebt sich von 1900 ab für die irreguläre Hinterlegung von vertretbaren Wertpapieren folgende Rechtslage. Die Formenstrenge des § 2 des Depotgesetzes bleibt trotz der milderen Bestimmung des B. G. B. bestehen. Vgl. dazu Art. 32 des E. G. zum B. G. B. Es ist singuläres Recht, welchem das B. G. B. nicht derogiert. Der bei einem Kaufmann hinterlegende Bankier wird demnach trotz des § 700 B. G. B. nicht genötigt werden, gleichfalls ausdrücklich die Irregularität zu vereinbaren. Denn es besteht wohl kein Zweifel darüber. dass aus dem B. G. B. sich die Aufhebung des Bankdepotgesetzes nicht ergiebt Die Ansicht, dass auch der Bankier, welcher vertretbare Wertpapiere beim Kaufmann hinterlegt, ausdrücklich die Irregularität verabreden muss, wird also nicht mit Erfolg verfochten werden können.

In dem weiteren Verlauf der Arbeit spreche ich der Kürze halber immer nur von Geld als dem Gegenstand der beiden Verträge.

[1]) Für den Richter sind die von den Parteien gebrauchten Ausdrücke und Bezeichnungen des Rechtsgeschäftes bei der Subsumtion nicht massgebend. Vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. I S. 206 und des R. O. H. G. Bd. VII S. 117 ff.

[2]) Das Zweckmoment lassen entscheidend sein: Dernburg, Pand. II § 93 S. 250, Valett a. a. O. Bd. II § 523. Auch Ihering setzt die Ursache der Verschiedenheit beider Verträge in den verschiedenen Zweck. Er sagt zwar: „veranlassend war in beiden Fällen zur Unterscheidung die Verschiedenheit des Motivs“. (Zweck. Bd. I S. 162). Ihering gebraucht aber den Ausdruck „Motiv“ für „subjektiven Zweck“ (vgl. ebenda I S. 49).

Verwahrungszweck, das Darlehen dem Leihzweck. Die Bedeutung dieser die Verträge von einander trennenden Verschiedenheit wird uns erst recht klar, wenn wir einen Blick rückwärts auf die Entwickelung der beiden Rechtsgeschäfte werfen.

Das Darlehen war ursprünglich ein Freundschaftsdarlehen und also unentgeltlich. Den Darlehensgeber veranlasste noch kein eigennütziges, selbsüchtiges Interesse, zu kreditieren, sondern lediglich die Absicht, dem Bedürfnisse des Freundes abzuhelfen. Der Zweck tritt bei dieser Art des Darlehens klar und deutlich hervor. Allmählich aber lernte man, dass auch das Kapital im stande ist, wirtschaftlich thätig zu sein und Früchte in der Gestalt von Zinsen zu liefern. Neben das unentgeltliche trat das entgeltliche Darlehen. Bei dem letzteren war es nicht mehr ein nur rein altroistisches Interesse, welches den Gläubiger zum Abschluss des Rechtsgeschäftes bewog. Aber immerhin blieb das Bedürfnis des Schuldners massgebend für den Kontrakt, und ohne dasselbe kam kein Darlehensvertrag zu stande. Denn wer leiht sich wohl etwas, dessen er bei seiner Wirtschaftsführung nicht bedarf. Ich wiederhole es nochmals: Stets, mag auch das Darlehen auf Seiten des Kapitalisten durch ein egoistisches Interesse veranlasst sein, bezweckt das Darlehen in erster Linie, dem Bedürfnisse des Empfängers abzuhelfen. Dies bedeutet: „Das Darlehen dient dem Leihzweck."

Auch die Hinterlegung war unentgeltlich und ist es noch heute nach gemeinem Recht[1]) Doch ist es nicht hier der Gläubiger, welcher dem Bedürfnisse des Schuldners durch einen Freundschaftsdienst Abhülfe schafft, sondern umgekehrt, der Schuldner erweist dem Gläubiger durch die Aufbewahrung unentgeltlich einen Dienst. Mit der fortschreitenden Entwickelung kapitalistischer Produktion aber drang der Kreditgedanke auch in den Hinterlegungsvertrag ein und verband sich mit dem Verwahrungszweck zum depositum irregulare. Diese Erscheinung, das Eindringen des Kreditgedankens in anderen Zwecken dienende Kontrakte nehmen wir bei allen irregulären Verträgen wahr. Bei dem pignus irregulare (z. B. bei den Amts-, Pacht- und Prozesskautionen)[2]), der locatio conductio irregularis (z. B. bei der Zahlung einer Geldsumme durch Postanweisung)[3]) und bei dem quasiususfructus ist ein »in creditum abire im römi- Sinne«[4]) zu dem bisherigen Vertragsinhalt hinzugetreten. Aber in keinem Falle gelang es demselben, den Charakter des Rechtsgeschäftes zu vernichten und ihm den Stempel des Darlehensvertrages aufzudrücken. Auch das irreguläre Depositum bleibt Depositum und behält den ihm eigentümlichen Vertragsinhalt, den Verwahrungszweck. Jenes Kreditieren aber enthält nur ein bei Gelegenheit des Hauptgeschäftes vorgenommenes accessorisches Darlehen[5]). Dieses verursachte bei den irregulären Kontrakten den Eigentumsübergang

---

[1]) l. 1 § 8, § 9 u. l. 34 D. h. t. Im B. G. B. ist das Erfordernis der Unentgeltlichkeit gefallen. Vgl. §§ 689, 690.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. I § 272 S. 677.

[3]) Ebenda. Bd. II § 113 S. 309.

[4]) Ihering, Zweck. Bd. I S. 161.

[5]) Ebenda. S. 163.

und die Uebertragung des onus der Gefahr. Die Gläubiger verloren ihr dingliches Recht und behielten nur einen obligatorischen Anspruch zurück, der auf Rückgewährung von tantundem geht. — Durch das Hinzutreten dieses neuen Momentes zu dem Hinterlegungsvertrag wurde es auch ermöglicht, dass der Deponent nunmehr viel leichter einen Mitkontrahenten für seinen Hinterlegungszweck findet. Das depositum regulare war, wie wir sahen, unentgeltlich, und deshalb erwies nur der Freund dem Freunde diesen Dienst. Sobald aber das hinterlegte Geld nur generell restituiert zu werden braucht, und der Depositar Eigentümer wird, so dass er, sofern er nur stets zur generellen Restitution bereit ist, das Geld für sich verbrauchen kann, veranlassen egoistische Interessen auch Personen zum Kontrahieren mit dem Deponenten, die sonst keine Ursache hätten, einen derartigen Vertrag mit diesem einzugehen. Ferner verdankt auch das verzinsliche depositum irregulare die Möglichkeit seiner Entstehung jener charakteristischen Verbindung. Von hier aus erklärt sich schliesslich dann die Erscheinung, dass der Zinsfuss in der Regel für das verzinsliche unregelmässige Depositum hinter dem des Darlehens zurückbleibt. Die Differenz bildet eben ein Aequivalent für den Dienst, welchen der Depositar dem Deponenten durch die Aufbewahrung und durch die Tragung der Gefahr erweisst[1]).

Die Betrachtung gab folgendes Ergebnis: Der Deponent wünschte zunächst, sein Geld einer anderen Person zur Verwahrung zu geben. Da er aber dabei sein Geld noch, ohne das Risiko[2]) sehr zu vergrössern und unbeschadet der jederzeitigen Dispositionsmöglichkeit, Zinsen tragen lassen kann, so wählt er diese Art der Hinterlegung.

Es bleibt also der Verwahrungszweck das Charakteristikum für depositum regulare und irregulare.

Das verschiedene Bedürfnis des Gläubigers bezw. des Schuldners hatte schon Brinz in seiner m. E. sonst nicht zu billigenden Rogationstheorie als Unterscheidungsmoment der beiden Verträge hervorgehoben. „Nur muss, damit noch etwas vom Depositum übrig und kein Darlehen da sei, der Anstoss zum Geschäfte vom Deponenten und dessen Bedürfnis ausgehen“[3]).

Von welchem der beiden Kontrahenten der erste Anstoss zum Geschäfte, die Offerte oder die Aufforderung zur Offerte, ausgegangen ist, kann doch wohl allein für sich nicht von entscheidender Bedeutung sein. Dieses Merkmal ist mehr eine der Bedürfnistheorie theoretisch entnommene Folge. In viellen Fällen wird es sich auch

---

1) Das irreguläre Depositum tritt auch in der Form auf, dass von dem hinterlegten Gelde keine Zinsen gewährt werden, sondern dass der Deponent als Aequivalent für die Ueberlassung der wirtschaftlichen Ausnützung andere Vorteile erhält, wie z. B. unentgeltliche Vermögensverwaltung, Besorgung von Aufträgen u. dergl. Die Reichsbank verfährt beispielsweise bei Gelddepositen derartig.

2) Thatsächlich wird auch das Risiko nicht sehr vergrössert, denn schon der reguläre Deponent ist auf die Redlichkeit seines Verwahrers angewiesen.

3) Brinz a. a. O. Bd. II § 317 S. 602. Auch Huschke, Darlehen, S. 23 bekennt sich zu der Bedürfnistheorie.

so gestalten, dass derjenige, der eines Darlehens bedarf, sich einen Gläubiger, und der, der irregulär hinterlegen will, sich einen Schuldner sucht. Aber im allgemeinen die beiden Rechtsgeschäfte darnach unterscheiden zu wollen, geht deshalb nicht an, weil häufig, namentlich wenn „das Geld billig" ist, auch Darlehen angeboten zu werden pflegen, und andererseits Banken und Sparkassen durch Zirkulare, Annoncen, ja wohl durch einzelne Offerten an bestimmte Personen sich zum Abschlusse von Hinterlegungsverträgen erbieten[1]). Brinz[2]) hat dann auch selbst seine Theorie erschüttert, wenn er sagt: „Ein Darlehen kann man auch anbieten."

Ebensowenig gewährt meiner Ansicht nach die höhere Verzinsung des Darlehens ein sicheres Unterscheidungsmerkmal, denn es giebt gewiss auch heute noch zinslose Darlehen, während das Aequivalent, welches dem Depositar geleistet wird, häufig infolge der Grösse des Hinterlegungsbetriebes auf ein Minimum herabsinkt. Man hat denn auch noch die stete Fälligkeit des irregulären Depositums, die der Natur des Darlehens widersprechen soll, als Kriterium hervorgehoben. Aber giebt es nicht auch unbefristete Darlehen?

Die herrschende Meinung lässt das Interesse als Unterscheidungsmerkmal massgebend sein[3]), und dementsprechend sagt das Reichsgericht in dem Erkenntnis vom 19. Dezember 1879 (Entsch. d. R.-G. in Civils., Bd. I No. 75 S. 207): „es komme im wesentlichen darauf an, ob vorzugsweise und zunächst das Interesse des Einlegenden die Einlage veranlasst hat, oder aber das Interesse des Empfängers oder beider Teile". In dem ersten Fall muss ein depositum irregulare angenommen werden, in dem letzteren ein Darlehen. Gegen die Richtigkeit dieser Anschauung lässt sich nichts anführen. Es fragt sich nur, ob nicht die Unterscheidung nach dem Zweck und dem Bedürfnis als geeigneter und sicherer der Unterscheidung der herrschenden Meinung vorzuziehen ist.

„Das Interesse ist die Beziehung des Zweckes auf den Handelnden" (Ihering, Zweck Bd. I S. 53), und da bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte sich zwei handelnde Personen gegenübertreten, so sind auch zwei verschiedene Interessen zu unterscheiden, auch selbst in dem Falle, wo, wie bei unentgeltlichen Verträgen, das Interesse des einen Kontrahenten kein egoistisches, sondern ein selbstloses ist. Das Reichsgericht verweist nun auf den Weg der Vergleichung, und je nachdem das eine oder das andere Interesse stärker erscheint, soll ein Darlehen oder ein depositum irregulare angenommen werden. Wenn aber die Interessen beider Teile vorzugsweise die Einlage veranlassten, dann nimmt das Reichsgericht ein verzinsliches Darlehen an. Wie trennen wir aber hiervon den Fall des verzinslichen depositum irregulare? Bei diesem gilt doch dasselbe, wie beim verzinslichen Darlehen. Die Einlage wurde

---

[1]) Vgl. Cohn in Endemanns Hdb. Bd. III S. 926; Mühlhäuser a. a. O. S. 55.

[2]) Brinz a. a. O. Bd. II § 297 Anm. 24 S. 487.

[3]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 379 S. 390, Anm. 4, Cohn l. c. S. 926; Buschs Arch. f. d. Handelsrecht. Bd. XXII S. 465 (Erkenntnis des Appellat. Ger. Eisenach); Seufferts Arch. Bd. XVI. No. 211.

auch „vorzugsweise und zunächst“ durch die Interessen beider Kontrahenten veranlasst.

Aus diesem Grunde, und weil erst noch eine vergleichende Gedankenoperation erforderlich ist, habe ich dem von Dernburg verteidigten Merkmal, dem Zweck und dem Bedürfnis, den Vorzug geben zu müssen geglaubt.

„Jeder Zweck aber ist Inhalt des Willens“[1]). Der auf den Leihzweck gerichtete Wille der Parteien unterscheidet sich von dem auf den Verwahrungszweck gerichteten, und deshalb ist m. E. mit Recht der Unterschied von der herrschenden Lehre in die Intention der Parteien gesetzt[2]) Die Kontrahenten wollen in dem einen Falle „leihen“, in dem andern „hinterlegen“. Der Umstand aber, dass die beiden auf verschiedene Zwecke gerichteten Intentionen der Parteien sich in der Aussenwelt in Thatbeständen, die äusserlich in Nichts sich von einander unterscheiden, kundgeben, erschwert die Erkenntnis, ob dieser oder jener Vertrag in concreto vorliegt, bewirkt aber nicht ein Ineinanderaufgehen der beiden Verträge. Daher konnte Unger[3]) mit Recht sagen: „Schwierig, aber nur als quaestio facti schwierig, ist die Lösung der Frage, ob die Parteien im konkreten Falle ein irreguläres Depositum oder ein Darlehen gewollt haben, ob also das Geld hinterlegt oder ausgeborgt wurde.“

---

[1]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 165.

[2]) Die Anhänger dieser Theorie zählt Niemeyer a. a. O. S. 139 auf. Ausserdem haben sich noch zu ihr bekannt: Windscheid a. a. O. Bd. II § 379 S. 390; Puchta, Pand. § 321; Dernburg, Pr. Priv. R. Bd. II § 311 („Von dem Darlehen unterscheidet das depositum irregulare sich grundsätzlich durch die den Abschluss bestimmende Absicht“); Vangerow a. a. O. Bd. III § 630 S. 432 ff.; Wächter, Pand. § 799; Baron, Pand. § 278; Arndts, Pand. § 286; Seufferts Arch. Bd. XVI; Bruckner a. a. O. S. 62. Abw. Meinung: Niemeyer a. a. O. S. 139. („Soviel ist gewiss, dass in der Begriffsbestimmung des dep. irreg. das entscheidende Moment nicht die auf ein „dep. irr.“ gerichtete Absicht der Parteien sein kann.“)

[3]) Unger a. a. O. S. 93.

§ 9.

Haben wir nunmehr den Unterschied in den Thatbestandsmomenten festgestellt, nachdem wir uns zuvor Gewissheit verschafft hatten, dass das positive Recht die irreguläre Verwahrung und das Darlehen als zwei gesonderte Rechtsgeschäfte kennt, so erübrigt sich noch, die einem jeden der beiden Verträge eigentümlichen Rechtsfolgen hervorzuheben. Bei dieser Aufgabe müssen wir stets des Ergebnisses der voraufgegangenen Untersuchung über die Natur der beiden Rechtsgeschäfte eingedenk sein, dass auch der irreguläre Verwahrungsvertrag accessorisch neben dem Verwahrungs- den Leihzweck zum Inhalte hat. Auch in dem depositum irregulare lebt der Kreditgedanke. Hieraus erklärte sich bereits mit die Unmöglichkeit, die Thatbestände nach äusseren Merkmalen zu entscheiden. Von hier aus wird auch die Gemeinsamkeit gewisser rechtlicher Wirkungen verständlich. Dem Darlehen fehlt aber der Verwahrungszweck, und deshalb besteht eine Verschiedenheit in den Rechtsfolgen namentlich dort, wo beim unregelmässigen Depositum der Kreditgedanke zurücktritt.

Die Abhandlung hat es mit einer vergleichenden Gegenüberstellung zu thun. Ich kann deshalb auf eine Darstellung der den beiden Verträgen gemeinsamen Rechtswirkungen verzichten und beschränke mich auf eine Schilderung der hauptsächlichsten Unterschiede in der rechtlichen Behandlung. Dieselben waren noch zahlreicher im klassischen römischen Recht, als sie es heute im gemeinen Rechte sind, und werden, wie wir bald sehen werden, im B. G. B. in noch grösserer Anzahl verschwinden. Diese Verminderung wurde teils durch die Gesetzgebung des Deutschen Reichs[1]), teils durch andere Faktoren veranlasst. Betrachten wir zunächst die bereits veralteten klassischen Unterschiede.

Beide Verträge gehören der Klasse der Realkontrakte an[2]). Während aber das Darlehen des römischen Rechts, das mutuum, entsprechend seiner Entwickelung aus dem nexum, ein stricti iuris negotium geblieben war, besass das depositum irregulare, seiner

---

[1]) So z. B. durch den Deputationsabschied von 1600. Im § 139 werden Verzugszinsen zu 5 % mit Nachlassung des Beweises eines noch höheren Interesses beim Gelddarlehen zugelassen und anerkannt. Vgl. Huschke, Darlehen S. 22.

[2]) So die herrschende Meinung. Vgl. auch Windscheid a. a. O. Bd. II, § 312 Note 5; Dernburg, Pand. Bd. II § 8 S. 22. Allerdings genügt aber, wie schon bei den späteren klassischen Juristen Celsus und Ulpian, im gemeinen Recht mittelbarer Eigentumsübergang durch brevi manu traditio. Auch das B. G. B. sieht in dem Darlehensvertrag einen Realkontrakt. Eigentumsübergang ist zwar auch hier das Regelmässige, aber es ist nicht unerlässlich.

Uebergang des Wertes in das Vermögen des Darlehennehmers genügt schon. Vgl. B. G. B. § 607 Abs. 2.

historischen Entwickelung aus der mancipatio fiduciae causa gemäss, bonae fidei-Natur. Dieser prinzipielle Gegensatz hatte in vielfacher Beziehung praktische Konsequenzen. Er war von Bedeutung für die Geltendmachung dieser Ansprüche im Prozess. Er war von Wichtigkeit für die Klagbarkeit formlos versprochener Zinsen. Er war schliesslich entscheidend für die Frage nach den Verzugszinsen.

Die Darlehensklage[1]), die actio certae pecuniae bei einem Gelddarlehen und die condictio triticaria bei Darlehen anderer Art, war eine actio stricti iuris. Die actio depositi dagegen, mit welcher auch die Ansprüche aus dem irregulären Hinterlegungsvertrage geltend gemacht wurden, wie wir oben den Aussprüchen Papinians und Paulus entnahmen, war der bona fides unterworfen. Die durch diese Eigenschaften der Klagen hervorgerufene Verschiedenheit trat schon in dem Verfahren in iure zu Tage, indem nämlich die formula dinen verschiedenen Inhalt erhielt. Weit wichtiger aber wird noch bie Unterscheidung in dem Verfahren vor dem iudex. In einem bonae fidei iudicium war der Geschworene infolge des Wortlautes der Intentio (quidquid dare facere oportet ex fide bona) angewiesen, die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen nach freiem richterlichen Ermessen, während bei der Beurteilung eines stricti juris negotium der Richter sich streng an den Wortlaut der Formel (centum dari oportere) zu halten genötigt sah und nur gemäss dem schon in der Intentio fest fixierten Anspruche die Klage abzuweisen oder den Beklagten zu verurteilen hatte. War der geltend gemachte Anspruch dem Rechte nicht kongruent, d. h. blieb er zurück oder ging er hinaus über den dem Kläger wirklich zustehenden, dann lag eine pluspetitio vor, und die Klage wurde abgewiesen. Wegen der Klagenkonsumtion war dies aber eine sehr harte Konsequenz[2]). Bis zu der Schaffung der actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet durch den Prätor konnte die Darlehensklage nur am Erfüllungsorte geltend gemacht werden[3]), während dem Richter im bonae fidei iudicium durch die Worte »ex fide bona« der Formel schon die Möglichkeit gegeben war, in seiner Sentenz das Ortsinteresse zu berücksichtigen, so dass infolgedessen auch die Klage von vornherein an einem anderen als dem Erfüllungsorte angestellt werden konnte. — Bei dem depositum irregulare konnten auch, eben weil die bona fides das Rechtsgeschäft beherrschte, durch ein pactum continenti adiectum formlos versprochene Gebrauchszinsen eingeklagt werden (als Beweise dienen wieder die schon einmal hier citierten

---

[1]) Die mutui obligatio besass in der klassichen Periode noch keine eigene Klage. Vgl. dazu Brinz a. a. O. Bd. II, 2. Abt. § 296 S. 479; Bekker, Aktionen, Bd. I S. 98, 99; Dernburg, Pand. § 87 S. 235 Anm. 1: „Wenngleich wohl von einer »mutui actio« die Rede ist, wie in Caput V C. 7.35, so bezieht sich dies nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt der Klage".

[2]) Der Uebergang aus dem Formular- zum spät-kaiserlichen Libellprozess änderte an der Thatsache nichts, dass das Darlehen im Streitverfahren anders behandelt wurde, als die bonae fidei negotia.

[3]) Tit. D. de eo quod certo loco 13,4 und l. un. C. h. t. 13,8. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. II § 33 Anm. 2 S. 95.

Fragmente des Papinian und Paulus), desgleichen konnten ferner Verzugszinsen ex officio iudicis kraft positiver Rechtsvorschrift berücksichtigt werden, wohingegen letztere niemals beim Darlehen im römischen Recht erscheinen und Konventionalzinsen nur dann verlangt werden können, wenn der Darlehensgläubiger sie sich formell durch Stipulation hatte versprechen lassen, und er infolgedessen eine neue Vertragsklage, die actio ex stipulatu gewonnen hatte, während Gebrauchs- und Verzugszinsen beim depositum irregulare mit der Kontraktklage eingefordert wurden.

Dieser Unterschied, von weittragender Bedeutung für das römische Recht, „ist weder logisch noch praktisch zu rechtfertigen; denn es hängt damit die dem freien Kapitalsverkehre entschieden zuwiderlaufende Behandlung des Zinsversprechens im klassischen Rechte zusammen“[1]). Er verdankt sein Entstehen der geschichtlichen Entwickelung der römischen Kreditlehre. Merkwürdig aber bleibt es immerhin, dass das Darlehen so lange diese dem Verkehr sehr lästige Eigenschaft trotz der Einwirkung des Welthandels als eine Fessel mit sich herumschleppte, und dass erst verhältnismässig spät die einengende Schranke beseitigt wurde. Zur Zeit des Kaisers Justinian besteht noch in der Regel bei einem Gelddarlehen für die Klagbarkeit der Konventionalzinsen das Erfordernis der formellen Stipulation. — Ich nannte den Unterschied veraltet. Zwar behauptet Windscheid noch heutzutage das Bestehen des Unterschiedes für die durch bonae fidei negotia erzeugten Ansprüche[2]), doch giebt er zu, dass jetzt allgemein das Gegenteil gelehrt wird. Die Auffassung, dass in der Jetztzeit alle Verträge nach Treu und Glauben zu behandeln sind, teilt die neuere gemeinrechtliche Praxis[3]) mit vielen Romanisten. Zu ihnen gehört auch Dernburg (Pand. § 131, Bd. I, S. 310, Text und Anm. 12): „Die Grenzlinie zwischen iudicia bonae fidei und stricti iuris aber, wie sie sich in Rom feststellte, hat sich überlebt.“ — Es hat der formlose Zinsvertrag beim Darlehen sich im gemeinen Rechte durchgesetzt, und Verzugszinsen sind seit 1600 gewährt worden, so dass die aus Treu und Glauben einerseits und der stricti iuris-Natur andererseits originierende Verschiedenheit in den Rechtsfolgen aus dem gemeinen Rechte verschwunden ist.

Eine weitere Rechtsfolge, welche gleichfalls im modernen gemeinen Rechte bereits antiquiert ist, unterschied das depositum irregulare vom Darlehen: die infamierende Wirkung. Die actio depositi directa gehörte zu den actiones famosae[4]). „Dieses charakteristische Merkmal der Fidesverträge“ (Pernice, Labeo. Bd. I S. 417) erklärt sich historisch aus der fiducia und war praktisch gerechtfertigt. Die Hinterlegung war auf die Treue und die Redlichkeit des Verwahrers aufgebaut, und wegen des allgemeinen Interesses wurde dieser Vertrag mit dem wirksamen Schutz der Infamie um-

---

[1]) Pernice, Labeo. Bd. I S. 417.

[2]) Windscheid a. a. O. Bd. I § 46 S. 110. Text und besonders Anm. 5.

[3]) Wächter, Erörterungen. Heft 2, S. 112.

[4]) l. 1 D. 3, 2. Julianus libro I. ad edictum. Infamia notatur qui . . . depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit. Vgl. ausserdem l. 6 §§ 6 u. 7 eod.

geben. Sie trat ein, sobald es der Depositar zu einer Verurteilung aus dem Hinterlegungsvertrage kommen liess. Die Darlehensklage entbehrte dieser Wirkung im Rechtsleben. Sie bedurfte ihrer nicht, sie hatte andere Schutzmittel, z. B. die sponsio tertiae partis[1]). Auch logisch war diese Verschiedenheit begründet, insofern das Darlehen ja nicht von dem Bedürfnis des Gläubigers, sondern weit mehr von dem des Schuldners veranlasst war.

Der römisch-rechtliche Begriff der Infamie ist heute obsolet geworden. Zwar ist wohl der Ansicht Dernburgs[2]) beizutreten, dass die Rezeption der Infamie in Deutschland zweifellos sei, denn zahlreiche Gesetze des alten Reichs setzten ihre Geltung voraus, wie die Notariatsordnungen von 1512, die Reichspolizeiordnung von 1577 und mehrere Reichstagsabschiede. Aber privatrechtliche Nachteile der Ehrloserklärung gab es bereits zu Justinians Zeiten nicht mehr[3]). Es kann aber auch nur auf die rechtlichen Folgen ankommen, denn die Begriffe der Römer darüber, was ehrenhaft und was unehrenhaft sei, sind nicht recipiert worden. Das deutsche Volk hat seine eigenen, stark ausgeprägten Anschauungen über den Ehrbegriff[4]). Im öffentlichen Rechte des deutschen Reichs ist dagegen ein neuer Begriff juristischer Ehrenminderung durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte[5]) geschaffen worden, so dass damit die etwaigen letzten Reste römischer Infamie beseitigt wurden. Damit ist auch dieser Unterschied in der rechtlichen Behandlung beider Verträge beseitigt worden.

Ein weiterer Unterschied in der rechtlichen Behandlung gehört heute gleichfalls der Geschichte an, doch datiert seine Beseitigung aus dem bürgerlichen Rechte erst aus der jüngsten Zeit. Ich meine die für den Beweis des Darlehens erhebliche querela non numeratae pecuniae[6]). Infolge derselben war nach justinianeischem Rechte die Beweiskraft des schriftlichen Empfangsbekenntnisses (cautio) eines Darlehens auf zwei Jahre nach erfolgter Aufstellung suspendiert, innerhalb deren der Aussteller der cautio, der die Darlehensvaluta nicht erhalten hatte, Protest bei Gefahr des Ausschlusses des Gegenbeweises nach verabsäumter Frist gegen die Wahrheit ihres Inhaltes zu erheben hatte. Ein schriftlicher Protest binnen des biennium war genügend, um die Beweiskraft derselben für alle Zeit auszuschliessen[7]). Diese querela ist bei der irregulären Hinterlegung durch eine positive Rechtsvorschrift des Kaisers ausgeschlossen: l. 14 § 1 D. h. t.: ... ideoque sancimus instrumento quidem depositionis certarum rerum vel certae pecuniae .... nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.

---

[1]) Gaius IV. § 171 ... sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis ... u. § 13. Vgl. Dernburg, Pand. II § 93 S. 251, Anm. 3.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. I § 58 S. 137.

[3]) Windscheid a. a. O. Bd. I § 56 Anm. 5.

[4]) Dazu, dass nur noch die Rechtsfolgen der Ehrlosigkeit in Betracht kommen können, vgl. Windscheid a. a. O. Bd. I § 56 S. 134.

[5]) R. Str. G. B. § 32—34.

[6]) Sedes materiae im Corpus iuris: Codex 4.30 de non numerata pecunia.

[7]) l. 14 § 4 C. h. t.

Diese singuläre Bestimmung Justinians für die Hinterlegung beruht auf dem klaren Erfassen der Bedürfnisfrage als der Trennungsursache der beiden Verträge. Der Depositar hat weniger Veranlassung, durch vorheriges Ausstellen des instrumentum depositionis den Deponenten zum Vertrage zu bestimmen. Es wird ja hinterlegt und nicht dargeliehen, so dass der Hinterlegungszweck das Rechtsgeschäft beherrscht. Anders liegt es beim Darlehen. Hier stellt der Kontrahent, welcher Schuldner werden will, leicht ein Empfangsbekenntnis schon vor dem Empfang der Valuta aus, um den Kapitalisten dadurch um so eher einem Kreditieren geneigt zu machen. — Der legislative Wert des Institutes ist mit Recht stark angezweifelt worden[1]). Jedenfalls ist unser moderner Kreditverkehr von der Schranke der Querel befreit worden, allerdings erst in dem 19. Jahrhundert. Auf dem Gebiete des Handelsrechts bereitete ihr der Art. 295 H. G. B. ein Ende, und aus dem bürgerlichen Rechte wurde die exceptio mit ihren Rechtsfolgen für den Beweis durch § 17 des E. G. zur C. P. O. ausgemerzt. So ist also auch dieser Unterschied heute beseitigt.

Gleichfalls durch die Gesetzgebung des neuen Deutschen Reichs wurde schliesslich noch eine Verschiedenheit in den Rechtswirkungen beseitigt. Der § 54 der Reichskonkursordnung hat das privilegium exigendi des Deponenten beseitigt. Damit ist die grosse Streitfrage des gemeinen Rechts, wann das Absonderungsrecht zulässig sei, zu Grabe getragen worden[2]). Im Konkurse geniesst das depositum keinen Vorzug mehr vor dem Darlehen.

---

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 372 S. 371 Anm. 13 bekämpft es als in seinen Konsequenzen thatsächlich unbillig gegen Huschke a. a. O. S. 146 Anm. 1.

[2]) Die Streitfrage kann heute nur noch ein historisches Interesse haben. Man stritt darüber, ob das Privileg überhaupt rezipiert worden sei, ob es nur bei unverzinslichen Gelddepositen und ausschliesslich im Konkurse eines Bankiers gewährt wurde, oder aber, ob es auf jede actio depositi directa ausgedehnt war. Zur Geschichte und Litteratur der Kontroverse ist zu vergleichen: Fuchs, Ueber das Konkursprivileg des Deponenten, im Arch. f. d. civilist. Praxis. N. F. Bd. XII, S. 189—192. Die Praxis hatte die Ausdehnung des Privilegs begünstigt und das Absonderungsrecht einem jedem Deponenten also auch dem irregulären Deponenten gegeben. So Windscheid a. a. O. Bd. II § 271 Anm. 12, S. 66; Baron a. a. O. No. 234, I. 2e; Gmelin, Die Ordnung der Gläubiger bei Gantprozessen. 5. Aufl. 1813.

---

§ 10.

Für das gemeine Recht sind heute noch folgende Unterschiede in den Rechtsfolgen praktisch.

Seit dem senatusconsultum Macedonianum sind aus „Kriminalpolitischem Gesichtspunkte“[1]) Gelddarlehen an Hauskinder verboten, sofern sie nicht mit Einwilligung des paterfamilias gegeben wurden oder doch dessen Interessen dienten. Ein diesem Verbot zuwiderhandelnder Gläubiger hat kein Rückforderungsrecht gegen das Hauskind, wenngleich eine natürliche Verbindlichkeit aus dem Darlehensvertrage immerhin bestehen bleibt[2]). — Ob das Verbot und die Einrede aus diesem Senatuskonsult auch das depositum irregulare berührt, ist bestritten[3]).

Ich folge der Meinung Windscheids, Dernburgs und Huschkes, die in dieser Bestimmung des Kaisers Vespasian singuläres Recht sehen, welches auf das depositum irregulare nicht ausgedehnt werden darf[4]). Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, die das senatusconsultum auch auf das depositum irregulare zur Anwendung brächte, ist in den Quellen nicht vorhanden. Mandry und Dietzel, die anderer Ansicht sind, stützen sich auf die l. 3 C. h. t. 4.28, die jedoch in Verbindung mit der l. 3 § 3 D. h. t. 14.6 wohl nur eine restriktive Interpretation duldet. Ein derartiges Ergebnis der Auslegung entspricht auch der ratio der kaiserlichen Ausnahmebestimmung. Nicht beabsichtigte Vespasian, jeden Geschäftsverkehr mit einem Haussohne auszuschliessen, sondern nur diese Klasse von Personen vor der Ausbeutung durch gewissenlose Gläubiger zu schützen. Ein gleicher Grund, die Hinterlegung von Gelddepositen zu beschränken, lag nicht vor. Es handelt sich hier nicht um ein Bedürfnis des Haussohnes, sondern um das des Deponenten, dem abgeholfen werden soll, und dabei liegt es im Interesse des letzteren, nicht einen leichtsinnigen Depositar zu wählen.

Bei der irregulären Hinterlegung greift also das senatusconsultum nicht statt. Auch der von Brinz[5]) angeführte Fall, dass ein

---

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 373 S. 373, Anm. 1 hebt diesen Gesichtspunkt als den der Senatsvorschrift zu Grunde liegenden gegenüber Dietzel (das senatsconsultum Macedonianum) hervor, der als den leitenden Grundgedanken die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder festhält.

[2]) Zu der Frage, ob eine naturalis obligatio zurückbleibt, vgl. Windscheid a. a. O. Bd. II § 373 S. 377 und § 289 Ziffer 5 S. 111 Anm. 17, 18 u. 19; ferner Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. II § 88 S. 239 Anm. 18.

[3]) Für die Anwendbarkeit desselben bei der unregelmässigen Hinterlegung von Geld haben sich ausgesprochen: Dietzel a. a. O. S. 75, 76 u. 83; Dueckers, de senatusconsulto Macedoniano, S. 34; Mandry, Familiengüterrecht, Bd. I S. 452; Brinz, Pand. Bd. II 2. Abt. § 297 S. 486 u. Anm. 24.

[4]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 373, Ziffer 2 S. 374 u. Anm. 7 S. 375; Dernburg, Pand. Bd. II § 88 S. 237; Huschke a. a. O. S. 157 Anm. 1.

[5]) a. a. O. Bd. II 2. Abt. S. 486 Anm. 22.

Geschäft, welches nach der Absicht der Parteien ein Darlehen sein sollte, sich in fraudem senatusconsulti in das depositum irregulare kleidet, zwingt m. E. uns nicht, ein Zugeständnis zu machen. Wir geben dann gleichfalls die exceptio, aber deshalb, weil das Geschäft unter solchen Umständen nicht ein depositum irregulare, sondern ein Darlehen ist. Bei den beiden uns hier beschäftigenden Verträgen ist das einzige Unterscheidungsmerkmal die Intention der Parteien, und die Absicht der Kontrahenten ist hier gerade auf ein mutuum gerichtet, bei dem das Bedürfnis des Schuldners massgebend ist. Darum kommen wir nun zu dem Schluss: Der Haussohn als irregulärer Depositar konnte sich nach römischem Rechte nicht mit der Einrede aus dem senatusconsultum verteidigen.

Ob diese Sonderbestimmung auch heute noch beim Darlehen besteht, und ob dementsprechend dieser Unterschied noch im gemeinen Rechte praktisch ist, ist gleichfalls nicht unbestritten[1]). Mit der herrschenden Ansicht nehme ich das Fortbestehen der Einrede aus dem senatusconsultum an. Aber das Geltungsgebiet derselben hat durch partikuläre Gesetzgebung Einschränkungen erfahren, so beispielsweise in dem gemeinrechtlichen Gebiete Preussens durch das Preuss. Gesetz betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875.

Dem ganzen Institut wird mit dem 1. Januar 1900 ein Ende bereitet (B. G. B. §§ 106—113), so dass von dann ab auch dieser Unterschied nicht mehr bestehen wird. Im Handelsrechte ist schon seit längerer Zeit der herrschenden Meinung nach dieses senatusconsultum hinweggefallen[2]).

Ein weiterer Unterschied besteht dann bezüglich der Zulässigkeit der Kompensation. Der aus einem Darlehensvertrage auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit belangte Schuldner kann sich mit der Erklärung, aufrechnen zu wollen, im Prozess verteidigen, falls ihm ein gleichartiger, gültiger, klagbarer und bereits fälliger Anspruch gegen den Gläubiger zusteht. Denn »dolo facit qui petit quod redditurus est« [3]).

Das gilt jedoch nicht für den irregulären Depositar. Justinian wollte das Dispositionsrecht des Hinterlegers durch die Zulassung der Aufrechnung nicht verkümmern und traf deswegen die Sonderbestimmung in l. 11 C. depositi 4.34: si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei, qui deposuerit, reddere illico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et

---

[1]) Dietzel a. a. O. § 26 behauptet den Wegfall des senatusconsultum Macedonianum im gemeinen Recht. Mit der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder sei dieses Institut gefallen, entsprechend dem Umstande, dass es auf eben dieser Grundlage aufgebaut gewesen sei.

[2]) Vgl. Cohn in Endemanns Hdb. Bd. III S. 841, 842, Text u. Note 67—69; Endemann in der Ztschr. f. das Handelsrecht, Bd. V S. 377.

[3]) l. 8 pr. D. de doli mali et metus exceptione 44.4 u. l. 1.73 § 3 D. de R. J. 50.17.



ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothekarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur, und in l. 14 § 1 i. f. C. h. t. 4.31 wiederholte er sie noch einmal besonders[1]).

Ob diese Verschiedenheit noch dem geltenden Rechte angehört, ist Gegenstand einer Streitfrage. Eisele[2]) nimmt an, dass der Unterschied beseitigt ist. Das Verbot der Aufrechnung bei dem depositum irregulare — veranlasst durch prozessualische Besonderheiten — sei mit ihnen hinweggefallen, und von der Bestimmung des Kaisers soll nur noch die Untersagung der Retention praktische Bedeutung haben. Die Mehrzahl der Rechtslehrer[3]) ist aber anderer Ansicht, und ihnen ist auch die Praxis[4]) gefolgt. Es ist demnach die Aufrechnung bei der irregulären Hinterlegung im gemeinen Rechte heute noch unstatthaft. Der Depositar darf die Kompensationseinrede im Rechtsstreit nicht vorbringen. Er gerät ferner sofort in mora, wenn er mit der Erfüllung der Restitutionsverbindlichkeit säumig ist, und es sind die bedungenen Zinsen auch dann fortzuleisten, wenn der Depositar eine kompensable Gegenforderung gewinnt. Der Darlehensschuldner hingegen zahlt die Konventionalzinsen[5]) nicht weiter, und der Verzug[6]), sowie eine etwa auf den Fall der Nichtleistung ausbedungene Strafe[7]) sind bei bestehender kompensabler Gegenforderung ausgeschlossen, denn „die Hemmung der Forderung durch die Gegenforderung tritt ohne Zuthun des Schuldners ein“[8]).

Das B. G. B.[9]) hat grundsätzlich die Kompensation beim Depositum zugelassen, und es ist der Vereinbarung der Parteien überlassen, die „Aufrechnung“ vertragsmässig auszuschliessen. In Zukunft wird also im bürgerlichen Recht auch dieser Unterschied beseitigt sein. Damit wird auch dem Bedürfnis des Verkehrs Genüge gethan. Auf dem Gebiete des Handelsrechtes ist heute die Kompensationseinrede gleichfalls rechtlich bei dem irregulären Depositum ausgeschlossen[10]). Thatsächlich pflegt aber im Bankverkehr, wo diese Art der Hinterlegung am häufigsten auftritt, durch Parteiabrede die Einrede zugelassen zu werden.

---

[1]) . . . excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

[2]) Die Kompensation. 1876. S. 351—355.

[3]) Dernburg, Die Kompensation nach röm. Recht und in den Pandekten, Bd. II § 63 S. 177, Ziffer 3 und Anm. 13; Windscheid a. a. O. Bd. II § 350 Ziffer.

[4]) Vgl. die Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. XII S. 90 u. des R. O. H. G. Bd. IX S. 437.

[5]) l. 11 D. h. t. 16.2 u. l. 4 u. l. 5 C. h. t. 4.31.

[6]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 349 S. 292 Anm. 7 u. die dort Citierten; contra Eisele a. a. O. S. 269 ff.

[7]) Windscheid a. a. O. ebenda Anm. 8. So auch die Praxis. Seufferts Arch. N. F. Bd. IV., 29; contra Eisele a. a. O. S. 269.

[8]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 349 Ziffer 4 S. 292.

[9]) Vgl. die Motive zum Entwurf Bd. II S. 577. Die Ausnahmen, bei denen „Aufrechnung“ unzulässig ist, sind enthalten in den §§ 393—395 B. G. B.

[10]) Cohn in Endemanns Hdb. Bd. III S. 928 Anm. 53.

In der l. 11 C. depositi 4.34 hatte Justinian auch aus demselben wirtschaftlichen Grunde die Retentionseinrede bei dem Hinterlegungsvertrage ausgeschlossen, so dass infolgedessen der irreguläre Depositar sie der actio depositi directa nicht entgegenstellen kann[1]). Unterscheidet er sich hierin vom Darlehensschuldner? Die Beantwortung dieser Frage ist davon abhängig, welche Ausdehnung man dem Begriffe des gemeinrechtlichen Retentionsrechtes giebt. Die ältere Lehre[2]) verstand unter dem Zurückbehaltungsrecht die Befugnis, die Leistung einer individuell bestimmten Sache so lange dem Berechtigten vorzuenthalten, bis der Retinent wegen eines Gegenanspruches befriedigt ist. Die herrschende Auffassung[3]) definiert den Begriff weitherziger und gewährt die Einrede nicht nur gegenüber der Leistung einer speciell, sondern auch generell bestimmten Sache. — Sobald der Darlehensschuldner einen Gegenanspruch gegen den Darlehensgläubiger aus einer fälligen, dem Rechte des Klägers konnexen[4]), d. h. mit demselben vermöge des Rechtsgrundes oder des Gegenstandes, den der Schuldner zu leisten hat, im Zusammenhange stehenden Forderung hat, kann er sich dieser Einrede im Rechtsstreit bedienen[5]). Thatsächlich aber findet sich das Retentionsrecht beim Darlehen deshalb sehr selten, weil in der Mehrzahl der Fälle eine Geldsumme Gegenstand des Vertrages ist, und wegen der Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung kompensiert und nicht retiniert wird.

Das gemeinrechtliche Zurückbehaltungsrecht gilt auch im Handelsverkehr[6]) neben dem engeren kaufmännischen Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches (Art. 313—316), so dass diese Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung des Darlehens und des depositum irregulare auch im Handelsverkehr heute noch praktisch ist.

Diesen Unterschied zwischen Darlehen und der unregelmässigen Verwahrung beseitigt das B. G. B. Das künftige Reichsrecht führt unter dem Namen „Zurückbehaltungsrecht" das gemeinrechtliche Retentionsrecht der herrschenden Lehre (B. G. B. §§ 273—274) ein.

---

[1]) Bezüglich der heutigen Geltung dieser Sonderbestimmung Justinians gilt gleichfalls das, was bezüglich der Kompensation bei der Hinterlegung angeführt worden ist. Auch nach der Praxis des R. G. ist die Ausschliessung dieser Einrede des irregulären Depositars noch geltendes Recht. Vgl. d. Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. XII S. 90—92.

[2]) Diesen Standpunkt vertrat in der Litteratur Schenk, Die Lehre vom Retentionsrechte §§ 22, 33; vgl. ferner die von Goldschmidt, Hdb. des Handelsrechtes, Bd. I S. 963 Anm. 1 Citierten; Eccius in Holtzendorffs Encyklopädie Bd. III S. 460 zieht noch engere Grenzen.

[3]) Windscheid a. a. O. Bd. II S. 306; Dernburg, Pand. Bd. I § 318 S. 328; Goldschmidt a. a. O. Bd. I § 93.

[4]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 351 S. 306 Anm. 9 u. in der Krit. Vierteljahres-Schrift Bd. I S. 127 ff, Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrechte, § 9, verwerfen die Konnexität als eine allen Fällen des Retentionsrechtes gemeinsame Voraussetzung: „Die Frage, wann das Retentionsrecht begründet sei, lässt sich durch Aufstellung einer allgemeinen Regel nicht beantworten". Das B. G. B. § 273 hat die Streitfrage in unserem Sinne entschieden.

[5]) Eine klaglose Forderung genügt schon zur Retention. So Goldschmidt a. a. O. § 94 Ziffer 2 gegen Luden, Das Retentionsrecht, S. 88 ff.

[6]) Goldschmidt a. a. O. Bd. I § 93 i. f. S. 968 u. § 96 S. 996.

Auch hier ist „die Wirkung lediglich eine rein negative“, und die Voraussetzungen sind dieselben wie im gemeinen Rechte. Nur die Sonderbestimmung Justinians bezüglich der Hinterlegung fand keine Aufnahme. Es gewährt das B. G. B. in § 273 ganz allgemein das Zurückbehaltungsrecht, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergiebt“, (wie beispielsweise bei der Miete § 556, nicht aber bei der Verwahrung §§ 688—700) und überlässt den Ausschluss der Retentionseinrede der Vereinbarung der Kontrahenten.

Kein Unterschied besteht meiner Meinung nach im gemeinen Rechte in der Behandlung der beiden Verträge bezüglich der Gebrauchszinsenfrage bei mangelnder Verabredung. „Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, versteht sich beim Darlehen nicht von selbst, sie muss durch besondere Verabredung begründet werden“[1]). Ein gleiches gilt wohl auch für das depositum irregulare. Die Auffassung Neustetels und Vangerows[2]), die behaupten, dass der irregulare Depositar auch ohne Verabredung Zinsen zahlen müsse, sobald er die vertretbare Sache zu seinem Nutzen verwendet habe, vermochte ich nicht mir anzueignen. Ich bin vielmehr zu dem entgegengesetzten Ergebnis gekommen, wie die obige Interpretation der beiden Papinianstellen, der l. 29 § 1 von Paulus und des Fragmentes von Scaevola beweisen.

Der Art. 290 des H. G. B. bestimmt, dass auch ohne solche Abrede, dem Darlehensgeber, sofern er Kaufmann ist, Zinsen zu gewähren sind, während dem irregulären Deponenten, selbst wenn er Kaufmann ist, nach der Ansicht Cohns[3]), dem ich mich hierin anschloss, nur im Falle besonderer Abrede vom Tage des Empfanges an das Depositengeld zu verzinsen ist. Die handelsrechtliche Sonderbestimmung für das Darlehen bleibt auch nach dem Inkraftreten des B. G. B. bestehen[4]).

Das B. G. B. belässt es bezüglich dieser Frage bei dem von mir für das gemeine Recht konstatierten Zustande. Im § 608 verlangt das B. G. B., damit das Darlehen ein verzinsliches sei, ein besonderes Versprechen, wobei allerdings ein mündliches ausreicht. (So Eck in seiner Vorlesung über das B. G. B., gehalten zu Berlin, § 65.) Bezüglich der unregelmässigen Hinterlegung gilt in Gemässheit des § 700 dasselbe, denn dieser Paragraph bestimmt, dass grundsätzlich bei dem depositum irregulare die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkte der Aneignung der vertretbaren Sachen durch den Verwahrer an zur Anwendung gelangen, und

---

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 371 S. 366; vgl. Dernburg, Pand. Bd. II S. 235 u. 236 Anm. 5; Glück, Bd. XII S. 5; Pernice, Labeo. Bd. II S. 263.

[2]) Neustetel a. a. O. S. 11; Vangerow a. a. O. Bd. III § 630. II. S. 433 ff. Diese Ansicht teilen noch Endemann in der Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. IV, S. 59; Mühlhäuser a. a. O. S. 48; Schirmer, in der Ztschr. f. Civilrecht u. Prozess. N. F. Bd. II S. 151.

[3]) Cohn in Endemanns Hdb. d. Handelsrechts, Bd. III S. 927; vgl. dazu S. 852, Ziffer 2 u. Anm. 150. Abweichender Meinung ist Endemann, i. d. Ztschr. f. d ges. Handelsrecht. Bd. IV S. 57 ff. „Nachdem im Handelsverkehr die Verzinslichkeit von Depositen präsumtiv und allgemein gilt . . . .“

[4]) Das neue H. G. B. hat den Artikel 290, Abs. 2 des jetzt geltenden H. G. B. in § 354, Abs. 2 übernommen.

dass nur Zeit und Ort der Rückgabe sich in dubio nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag bestimmen. In § 698 ordnet zwar der Gesetzgeber an: „Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.“ Doch bezieht sich diese Rechtsvorschrift wohl nicht auf das irreguläre Depositum, so dass ein Widerspruch mit dem § 700 entstünde, sondern nur auf den Fall des doloser Weise vom Verwahrer gebrauchten regulär deponierten Geldes.

Ein Bedenken kann aber nun nach Inkrafttreten des B. G. B. und des neuen H. G. B. hinsichtlich der irregulären Hinterlegung im Handelsverkehr auftauchen. Das Darlehen ist auf diesem Gebiete, wie wir schon oben sahen, auch ohne besondere Verabredung zu verzinsen. Muss demnach in Gemässheit des Art. 32 des E. G. und des § 700 B. G. B., der doch für das irreguläre Depositum grundsätzlich die gleiche Behandlung wie für das Darlehen vorschreibt, auch das irreguläre Depositum ohne Zinsenabrede verzinst werden, oder ist die Rechtsvorschrift des H. G. B. eine singuläre Bestimmung, die allein das Darlehen trifft? Ich meine, Art. 32 des E. G. zum B. G. B. und Art. 354 Abs. 2 des neuen H. G. B. einerseits und § 700 B. G. B. andererseits widersprechen einander nicht, ich bin vielmehr der Ansicht, dass für das Handelsrecht sich nunmehr die von Cohn bekämpfte Meinung Endemanns durchsetzen wird, und dass auch trotz mangelnder Zinsabrede bei einer irregulären Hinterlegung vom Depositar Gebrauchszinsen gefordert werden können. Der Rechtszustand von dem 1. Januar 1900 ab wird sich so gestalten: Die mangelnde Zinsabrede verhindert beim Darlehen wie bei der unregelmässigen Verwahrung im bürgerlichen Rechte zwar die Leistung von Gebrauchszinsen, wohingegen auf dem Gebiete des Handelsrechtes das Fehlen einer solchen Abrede weder den Darlehensgeber noch den irregulären Hinterleger, sofern beide nur Kaufleute sind, um die Gebrauchszinsen bringt.

Es bleiben nur noch zwei gemeinrechtliche Unterschiede für die Besprechung übrig, die auch im künftigen Reichsrecht fortbestehen werden. Es handelt sich um Zeit und Ort der Rückgabe. Betrachten wir zunächst den ersten Punkt.

Wir müssen von vornherein die beiden Fälle des befristeten und des nicht befristeten Vertrages von einander scheiden. Welche Bedeutung hat die Festsetzung eines Fälligkeitstermines durch die Parteien beim Darlehen? Der Gläubiger ist nicht berechtigt, die aus dem Darlehen geschuldete Leistung vor der bestimmten Zeit zu fordern: l. 213 pr. D. de verb. sign. 50.16. Eine vorzeitig angestellte Klage auf Rückleistung des als Darlehen hingegebenen Geldes verursachte nach § 33 J. de actionibus 4.6 wegen der plurispetitio und infolge der Klagen-Konsumtion in Rom Verlust des Anspruches; bei uns führt sie zur Abweisung. Kann der Schuldner aber seinerseits seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage vor dem Herankommen des Fälligkeitstermines erfüllen, d. h. ist er zur vorzeitigen Bewirkung

der Leistung berechtigt und der Gläubiger zur vorzeitigen Annahme verpflichtet? Bei den Römern galt der Satz: Diei adiectio est pro debitore[1]). Der Darlehenschuldner war regelmässig zur Leistung berechtigt sogleich nach Entstehung seiner Verbindlichkeit: quod certa die promissum vel statim dari potest. totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur (l. 38 § 16 D. de V. O. 45.1). Nach der in der gemeinrechtlichen Doktrin herrschenden Ansicht gilt der Satz, dass die Befristung im Zweifel ausschliesslich als im Interesse des Schuldners gesetzt anzusehen ist, auch noch heute beim unverzinslichen Darlehen[2]). Dagegen darf der Schuldner beim verzinslichen Darlehen dem Gläubiger die Leistung vor der Fälligkeit nicht aufdrängen, es sei denn, dass er auch die Zinsen bis zum Fälligkeitstermine dem Gläubiger anbietet[3]). Denn bei dieser Art von Darlehen ist die Befristung gleichfalls im Interesse des Gläubigers geschehen, und ob dieser gleich nach der bereits vor der Fälligkeit erfolgten Leistung eine gleich gute Anlage seines Kapitals finden werde, ist doch mindestens zweifelhaft.

Gerade entgegengesetzt ist die Rechtslage bei einem mit einem Termine versehenen irregulären Depositum. Hier wurde die Befristung lediglich im Interesse des Hinterlegers in den Vertrag aufgenommen, und deshalb ist der Hinterleger trotz des Termines jederzeit zur Rückforderung nach l. 1 §§ 45, 46 depositi vel contra befugt. Der Depositar hingegen ist trotz der steten Bereithaltungspflicht nicht berechtigt, das hinterlegte Geld vorzeitig zu restituieren.

Diese verschiedenen rechtlichen Bestimmungen entsprechen auch der verschiedenen Natur dieser Rechtsgeschäfte. Wo das Bedürfnis des Schuldners massgebend ist, da wird derselbe durch die Hinzufügung eines Termines berechtigt, aber nicht verpflichtet, und wo ein Bedürfnis des Gläubigers befriedigt wird, ist dieser von der Rechtsordnung bevorzugt.

Das B. G. B. enthält die dem gemeinen Recht genau entsprechenden Vorschriften in den §§ 271 Abs. 2 und 695 einerseits und im § 700 andererseits.

Zwischen dem nicht befristeten Darlehen und dem nicht befristeten depositum irregulare hingegen lässt sich im gemeinen Rechte eine derartige Verschiedenheit bezüglich des Zeitpunktes der Rückforderung nicht konstatieren. Es gilt ganz allgemein der Satz: »quod sine die debetur, statim debetur«, oder wie es Ulpian in l. 41 § 1 D. 45.1 ausdrückt: »quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur«.

Uebereinstimmend mit dem gemeinen Rechte kann auch im Handelsrecht in diesem Falle bei beiden Geschäften die Leistung sofort gefordert und sofort angeboten werden[4]).

---

[1]) Vgl. l. 41 § 1 i. f. D. 45.1 .... ex quo apparet, diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

[2]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 273 S. 70; Dernburg, Pand. Bd. II § 34 S. 97.

[3]) Vgl. Cohn in Endemanns Hdb. Bd. III S. 852, Text u. Anm. 148, 149.

[4]) Cohn a. a. O. Bd. III S. 831, Text u. Anm. 144.



Während es bezüglich des nicht befristeten depositum irregulare auch in Zukunft bei dieser dem Wesen des Verwahrungsvertrages entsprechenden Bestimmung bleiben wird, bestimmt das B. G. B. (§ 609) hinsichtlich desjenigen Darlehens, bei dem ein Fälligkeitstermin von den Parteien nicht verabredet wurde, im Gegensatze zum gemeinen und dem Handelsrecht, aber im Anschlusse an eine Reihe von partikulären Gesetzen[1]), dass zur Fälligkeit Kündigung seitens des Schuldners oder Gläubigers erforderlich ist, und gewährt zwei nach der Höhe des dargeliehenen Kapitals abgestufte, gesetzlich normierte Kündigungsfristen. Von dem Erfordernisse der Kündigung ist nur der Schuldner, der keine Zinsen zu prästieren hat, im 3. Absatz dieses Paragraphen befreit. Diese Ausnahme ist wohl gerechtfertigt, denn es werden keine Interessen bei sofortiger Restitution ohne voraufgegangene Kündigung auf Seiten des Gläubigers gefährdet. — Was nun die hier besprochene Verschiedenheit bezüglich der Zeit der Rückerstattung betrifft, so ergiebt sich für die Zukunft — um kurz zu rekapitulieren — folgende Rechtslage. Haben die Kontrahenten eine Frist für die Fälligkeit bestimmt, dann bleibt es bei dem gemeinrechtlichen Unterschied. Haben sie dies zu thun unterlassen, dann ist bei dem depositum irregulare der Anspruch des Hinterlegers aus dem Vertrage sofort zu erfüllen, beim Darlehen hingegen bedarf es, abgesehen von der einen Ausnahme, erst der Kündigung. —

Der Unterschied bezüglich des Erfüllungsortes ist von nicht geringerer praktischer Bedeutung. Um dies zu beweisen, brauche ich nur die Funktion des Erfüllungsortes anzuführen. Er begründet einen besonderen Gerichtsstand, das forum solutionis nach § 29 C. P. O. Er bestimmt im Zweifel das örtliche Recht der betreffenden Obligation, ist von Bedeutung für den Zeitpunkt des Ueberganges der Gefahr und massgebend für die Auslegung des Vertrages in Bezug auf Mass, Gewicht, Münzfuss, Münzsorte und Zeitrechnung.

Der Erfüllungsort ist entweder ein durch die Parteien gewillkürter, oder aber er liegt in der Natur des Rechtsverhältnisses begründet. Uns interessiert hier bloss der Fall, wo bezüglich des Erfüllungsortes keine Parteiabrede, auch nicht einmal stillschweigend, getroffen wurde.

In Rom hatte die Lehre vom Erfüllungsorte eine recht stiefmütterliche Behandlung erfahren. Der Schuldner war an jedem Orte zur Leistung verpflichtet, an welchem der Gläubiger bei verweigerter Erfüllung siegreich mit seiner Klage durchdrang. Der Klageort war auch Erfüllungsort[2]).

Nach dem Vorgange Iherings[3]) unterscheidet man nunmehr im gemeinen Recht die Obligationen nach der Natur der zu leistenden Gegenstände. Die zwecks Bestimmung des Erfüllungsortes zu

---

[1]) So das allgemeine Landrecht, §§ 761—768. I. 11.

[2]) Vgl. l. 38 D. de iudiciis 5.1; l. 11 § 1 D. ad exhibend. 10.4; Windscheid a. a. O. Bd. II § 282 S. 91, Text u. Anm. 5. Er tritt gegen Reatz (Die Lehre vom Erfüllungsorte S. 25) und Mommsen (Beiträge III. S. 224—226) für die Anwendbarkeit der römischen Regel im gemeinen Rechte ein.

[3]) Ihering, Jahrbücher für Dogmatik. Bd. IV. No. 5.

stellende Frage lautet: Bringschuld oder Holschuld? Das Darlehen ist Bringschuld, das depositum irregulare nach den Bestimmungen der l. 12 pr. und § 1 D. depositi 16.3 Holschuld. Der Erfüllungsort des ersten Vertrages fällt also im Zweifel zusammen mit dem Orte des allgemeinen Gerichtstandes des Gläubigers, und bei dem letzteren Vertrage wird die Verbindlichkeit an dem Wohnorte des Schuldners erfüllt.

Dieselbe Verschiedenheit bezüglich des Erfüllungsortes der beiden Verträge besteht auch im geltenden Handelsrecht. Nach Artikel 324 H. G. B. ist im Falle des nicht gewillkürten Erfüllungsortes gleichfalls massgebend „die Natur des Rechtsgeschäftes". Desgleichen ist vom Handelsrecht die Ihering'sche Unterscheidung nach „Bring- und Holschulden" angenommen worden[1]), und es gilt im allgemeinen die Regel, dass Geldschuld Bringschuld ist. Die Leistung aus dem handelsrechtlichen Darlehen ist demnach Bringschuld und der Erfüllungsort der Wohnort des Gläubigers zur Zeit des Vertragsabschlusses. Für die irreguläre Hinterlegung ist aber eine Ausnahme zu machen, denn der Natur dieses Rechtsgeschäftes widerspricht es, die aus diesem Vertrage geschuldete Geldleistung zu bringen, und ich trete deshalb der Ansicht Endemanns[2]) bei: „Auch bei dem depositum irregulare ist Abholen, nicht Bringen der Rückzahlung üblich." Dass eine derartige Ausnahme zulässig ist, ergiebt sich aus dem Art. 325 H. G. B. Das handelsrechtliche depositum irregulare ist also Holschuld und der Vertrag im Zweifel zu erfüllen am Wohnort des Schuldners.

In Uebereinstimmung mit dem Handelsrechte[3]) hat das B. G. B. diesen Unterschied aus dem gemeinen Rechte übernommen. Sedes materiae sind die §§ 269, 270 und 697 in Verbindung mit § 700.

Damit hätten wir denn die Streitfrage des gemeinen Rechtes bis zu ihrer endgiltigen Lösung im B. G. B. verfolgt.

---

[1]) Diese Aufnahme tritt im Artikel 325 in die Erscheinung. Allerdings handelt dieser Artikel nur von dem Zahlungs- und nicht von dem Erfüllungsorte.
[2]) Im Handbuch Bd. II. S. 511 § 245.
[3]) Das neue H. G. B. enthält infolgedessen die Bestimmungen der Artikel 324 und 325 nicht mehr.

Benutzte Literatur.

I. Quellen und Gesetzbücher:

Corpus iuris civilis: Krüger und Mommsen. Berlin 1895.
Corpus iuris glossatum.
Heimbach: Basilicorum libri LX. Tom. II. Leipzig 1840.
Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt: Huschke, Leipzig 1874.
Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: Rehbein und Reineke, Berlin 1880/81.
Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 5. Juni 1869.
Die Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877.
Das neue Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 10. Mai 1897.
Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 18. August 1896.
Entwurf. I. Lesung.
Motive zum Entwurfe des B. G. B.
Gutachten aus dem Anwaltsstande, Heft 7.
Wengler und Brachmann: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig 1878.
Schneider und Fick: Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1891.
Riesser: Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896. Berlin 1897.

II. Entscheidungen.

des Reichsgerichts in Civilsachen: Bd. I, XI, XII, XXIII;
des Reichsoberhandelsgerichts: Bd. VII, IX, XX.

III. Lehr- und Handbücher, Monographien.

Dernburg: Pandecten, 4. Aufl. Berlin 1894.
Windscheid: Lehrbuch des Pandectenrechts, 7. Aufl. 1891.
Brinz: Lehrbuch der Pandecten, 2. Aufl. 1869.
Vangerow: Lehrbuch der Pandecten, 6. Aufl.
Puchta: Lehrbuch der Pandecten, 7. Aufl.
Baron: Pandecten, 6. Aufl. 1887.
Arndts: Lehrbuch der Pandecten, 13. Aufl.
Wenig-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 4. Aufl.
Wächter: Pandecten. 1880.
Thibaut: System des Pandectenrechts, 8. Ausgabe. Jena 1834.
Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Aufl. Göttingen 1843.
Schweppe: Das römische Privatrecht in seiner heut. Anwendg., 4. Aufl. 1833.

Bucher: Versuch einer systemat. Darstellung u. s. w., 2. Ausgabe. Halle 1811.
Valett: Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandectenrechts. Leipzig 1828.
Savigny: System des heut. röm. Rechts, Bd. V.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd. XV, XVII.
Dernburg: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 5. Aufl.
Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, 7. Aufl.
Thöl: Das Handelsrecht, 6. Aufl.
Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 1864—68.
Ihering: Zweck im Recht, 3. Aufl.
Ihering: Geist des römischen Rechts, 3. Aufl.
Ihering: Bd. IV von den Jahrbüchern für die Dogmatik.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
Becker: Die Aktionen des röm. Privatrechts. 1871—73.
Neustetel: Römisch rechtliche Untersuchungen. 1821.
Schaffrath: Praktische Abhandlungen aus dem heutigen röm. Privatrecht. 1841.
Pernice: M. Antistius Labeo.
Frantzke: comment. in Pand. dep. vel contra.
Wächter: Erörterungen, 1845. 2. Heft.
Mommsen (Fr.): Beiträge zum Obligationenrecht. 1853—55.
Mandry: Familiengüterrecht.
Koch: Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preussischem Recht. 1836—42.
Huschke: Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen. 1882.
Niemeyer: Depositum irregulare. Halle 1889.
Mühlhäuser: Ueber Umfang und Geltung des d. i. Erlangen 1879.
Overbeck: diss. inaug. de colloc. dep. quam regularis . . . . Heidelberg 1806.
Zoller: Friedrich Gottlieb (Jesnitzer): Quaestio iuris controv. An detur d. i.? Leipzig 1775.
Schirmer: in der Zeitschrift für Civilrecht und Process, Bd. II und im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXVIII N. F.
Schmid: Ueber das depositum irregulare im Archiv für civil. Praxis. Bd. XXX., S. 79.
Löwenstein: diss. inaug. depositum irregulare und Darlehn. Erlangen 1896.
Girtanner: Die Stipulation.
Bruckner: Dr. Th. Niemeyers depositum irregulare in der kritischen Vierteljahresschrift N. F., Bd. XV.
Dedekind (Joh. Lud. Jul.): Commentatio de contractu quem irregulare depositum perhibuerunt. Wolfenbüt. et Lips. 1753.
Hotomannus: observ. (opera 1599.)
Bynkershoek: observ. iur. Rom. libr. VIII.
Cuiacius: Gesamtausgabe. Neapel 1758 ff.
Dietzel: Das Senatus consultum Macedonianum. Leipzig 1856.
Dueckers: de senatus consulto Macedoniano. 1866.
Dernburg: Die Compensation nach röm. Recht. 1854.

Eisele: Die Compensation. 1876.
Heimbach: Die Lehre vom Creditum. 1849.
Groskopff: Zur Lehre vom Retentionsrechte. 1858.
Schenk: Die Lehre vom Retentionsrechte. 1837.
Luden: Das Retentionsrecht. Leipzig 1839.
Reatz: Die Lehre vom Erfüllungsorte.
Fuchs: Ueber das Konkursprivileg des Deponenten im Archiv für civil. Praxis N. F., Bd. XII.
Gmelin: Die Ordnung der Gläubiger in Gantprocessen, 5. Aufl.
Cohn: Die Kreditgeschäfte in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes.
Unger: Besprechung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Leipzig 1861.

